

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PÚBLICO. DESAFÍOS ACTUALES

Libro conmemorativo de los 20 años de la
publicación de la Constitución de 1999

Coordinadores

ALLAN R. BREWER-CARÍAS JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

Autores

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
JUAN ALBERTO BERRÍOS ORTIGOZA
LUCIANO PAREJO ALFONSO
CECILIA SOSA GÓMEZ
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ
JORGE H. SARMIENTO GARCÍA
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA
RAFAEL BADELL MADRID
ALEJANDRO CANÓNICO SARABIA
GUSTAVO LINARES BENZO
JAVIER URRUTIGOITY
CLAUDIA NIKKEN
CARLOS URDANETA SANDOVAL
CARLOS GARCÍA SOTO
ARMANDO LUIS BLANCO GUZMÁN
JOSÉ PEÑA SOLÍS
GABRIEL SIRA SANTANA
JUAN CARLOS HERNÁNDEZ PEÑA
MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN
JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI

ALI DANIELS
JOSE AMANDO MEJIA BETANCOURT
MARÍA AMPARO GRAU
JOSÉ GREGORIO TORREALBA R.
TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ
MIGUEL ÁNGEL TORREALBA SÁNCHEZ
ROSIBEL GRISANTI DE MONTERO
JOSÉ IGNACIO HERCE MAZA
CATERINA BALASSO TEJERA
JESÚS CABALLERO ORTIZ
GREGORIO MONTERO
JOSÉ RAFAEL BELANDRIA GARCÍA
JUAN CARLOS CASSAGNE
SALVATORE CHIARACANE
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
FLAVIA PESCI FELTRI
ANTONIO SILVA ARANGUREN
RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
LUIS A. ORTIZ ALVAREZ
JACQUELINE T.T. LEJARZA A.
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
MARISOL GARCÍA DELGADO



Editorial Jurídica Venezolana Internacional

2020

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PÚBLICO.
DESAFÍOS ACTUALES

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PÚBLICO. DESAFÍOS ACTUALES

Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

(COORDINADORES)

ALLAN R. BREWER-CARÍAS	ALI DANIELS
JUAN ALBERTO BERRÍOS ORTIGOZA	JOSE AMANDO MEJIA BETANCOURT
LUCIANO PAREJO ALFONSO	MARÍA AMPARO GRAU
CECILIA SOSA GÓMEZ	JOSÉ GREGORIO TORREALBA R.
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ	TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ
JORGE H. SARMIENTO GARCÍA	MIGUEL ÁNGEL TORREALBA SÁNCHEZ
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ	ROSIBEL GRISANTI DE MONTERO
ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA	JOSÉ IGNACIO HERCE MAZA
RAFAEL BADELL MADRID	CATERINA BALASSO TEJERA
ALEJANDRO CANÓNICO SARABIA	JESÚS CABALLERO ORTIZ
GUSTAVO LINARES BENZO	GREGORIO MONTERO
JAVIER URRUTIGOITY	JOSÉ RAFAEL BELANDRIA GARCÍA
CLAUDIA NIKKEN	JUAN CARLOS CASSAGNE
CARLOS URDANETA SANDOVAL	SALVATORE CHIARACANE
CARLOS GARCÍA SOTO	ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
ARMANDO LUIS BLANCO GUZMÁN	FLAVIA PESCI FELTRI
JOSÉ PEÑA SOLÍS	ANTONIO SILVA ARANGUREN
GABRIEL SIRA SANTANA	RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
JUAN CARLOS HERNÁNDEZ PEÑA	LUIS A. ORTIZ ALVAREZ
MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN	JACQUELINE T.T. LEJARZA A.
JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.	VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI	JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
	MARISOL GARCÍA DELGADO

Editorial Jurídica Venezolana International

2020

© Editorial Jurídica Venezolana Internacional

ISBN: 978-1-63625-534-7

Editado por: Editorial Jurídica Venezolana Internacional

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B.,

Local 4, Sabana Grande,

Apartado 17.598 - Caracas, 1015, Venezuela

Teléfono 762-25-53, 762-38-42. Fax 763.5239

<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Email: fejv@cantv.net

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company

para: Editorial Jurídica Venezolana International Inc.

Panamá, República de Panamá.

Email: ejvinternational@gmail.com

Diagramación, composición y montaje

por: Mirna Pinto, en letra Times New Roman, 10.5

Interlineado: 11,5, Mancha 13 x 19.5

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

ALLAN R. BREWER-CARÍAS y JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

PRIMERA PARTE ESTADO DEMOCRÁTICO

1. El principio de la soberanía popular, el republicanismo y el gobierno democrático representativo
ALLAN R. BREWER-CARÍAS
2. El principio democrático
JUAN ALBERTO BERRIOS ORTIGOZA
3. Los valores superiores en la Constitución española
LUCIANO PAREJO ALFONSO
4. Principios de los fines del Estado democrático
CECILIA SOSA GÓMEZ
5. El principio de participación y la iniciativa legislativa ciudadana
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

SEGUNDA PARTE ESTADO DE DERECHO

6. El principio de supremacía constitucional
JORGE H. SARMIENTO GARCÍA
7. El principio de seguridad jurídica y la técnica normativa
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
8. El Estado de Derecho: un desafío perenne
ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA
9. El principio de separación de poderes
RAFAEL BADELL MADRID

CONTENIDO

10. La organización federal y la descentralización como política federal para garantizar la democracia
ALEJANDRO CANÓNICO SARABIA
11. La “obligatoriedad” de la colaboración de los poderes públicos. Colaboración y separación de poderes en la Constitución de 1999
GUSTAVO LINARES BENZO
12. Principio de la personalidad jurídica del Estado y de las personas estatales (los entes públicos)
JAVIER URRUTIGOITY
13. Principio de la garantía de los derechos humanos
CLAUDIA NIKKEN
14. Principio del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad. Dificultades teóricas y entorno práctico de un Derecho “in fieri”
CARLOS URDANETA SANDOVAL
15. Principio de la formación del derecho por grados
CARLOS GARCÍA SOTO
16. Principio de reserva legislativa (ordinaria y orgánica)
ARMANDO LUIS BLANCO GUZMÁN
17. Las leyes habilitantes en la Constitución: su desnaturalización sistemática por los poderes legislativo, ejecutivo y judicial
JOSÉ PEÑA SOLÍS
18. Una mirada al derecho de excepción en la Constitución de 1999
GABRIEL SIRA SANTANA
19. El principio de precaución
JUAN CARLOS HERNÁNDEZ PEÑA
20. Primacía de la Constitución y constitucionalización del Derecho civil
MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN

TERCERA PARTE
ESTADO SOCIAL DE DERECHO

21. Los fines de la Administración Pública
JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.
22. De los deberes constitucionales de los ciudadanos en la Constitución de 1999
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI

23. La quimera del principio de eficacia en el
Derecho administrativo venezolano

ALÍ DANIELS

24. Derecho administrativo y economía de mercado.
(Estado social de Derecho y principio de compatibilidad con la economía de mercado)

JOSÉ AMANDO MEJÍA BETANCOURT

25. Principios de la actividad empresarial del Estado

MARÍA AMPARO GRAU

26. El principio del trato nacional a la inversión extranjera

JOSÉ GREGORIO TORREALBA R.

CUARTA PARTE

PRINCIPIOS DE LA ACTUACIÓN DEL ESTADO

27. El derecho a una buena Administración

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

28. La Administración Pública y su carácter interorgánico.
O la Administración Pública como función

MIGUEL ÁNGEL TORREALBA SÁNCHEZ

29. Principio de las funciones del Estado y el carácter interorgánico de su ejercicio

ROSIBEL GRISANTI DE MONTERO

30. Principios de funcionamiento de la Administración Pública y su carácter servicial:
desde la dignidad de la persona hacia el servicio objetivo al interés general
en la reconstrucción del estado venezolano

JOSÉ IGNACIO HERCE MAZA

31. El principio de la confianza legítima. Perspectiva jurisprudencial y
notas sobre su vigencia

CATERINA BALASSO TEJERA

32. Principios constitucionales vinculados al ingreso del funcionario público de carrera
y su incumplimiento

JESÚS CABALLERO ORTIZ

33. Los principios esenciales de la profesionalización de la función pública

GREGORIO MONTERO

34. Principio del interés público de la tecnología, principios conexos y su relación
con la información, la comunicación y el funcionamiento de la Administración Pública

JOSÉ RAFAEL BELANDRIA GARCÍA

CONTENIDO

QUINTA PARTE
PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

35. El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad
JUAN CARLOS CASSAGNE
36. Las bases del Derecho administrativo y el sistema de protección de las personas
SALVATORE CHIARACANE
37. Principio de la protección de los derechos de las personas
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
38. Principios del procedimiento administrativo sancionatorio venezolano
FLAVIA PESCI FELTRI
39. La participación ciudadana en la elaboración de normas reglamentarias
ANTONIO SILVA ARANGUREN

SEXTA PARTE
**PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD Y
DEL CONTROL PÚBLICO DEL ESTADO**

40. El principio de responsabilidad por el hecho del legislador. El principio de responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional
RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
41. El principio de responsabilidad individual de los funcionarios públicos
LUIS A. ORTIZ ALVAREZ
42. El principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública
LUIS A. ORTIZ ALVAREZ
43. Principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales
JACQUELINE T.T. LEJARZA A.
44. Los principios jurídicos que justifican el control por la
Justicia constitucional y ordinaria
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
45. El control del Poder Público por la Justicia administrativa. Una mirada en perspectiva en el contexto de la Constitución venezolana de 1999
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
46. Principio del control por la Contraloría General de la República
MARISOL GARCÍA DELGADO

PRESENTACIÓN

Allan R. BREWER-CARIÁS y José ARAUJO-JUÁREZ

A los 20 años de la entrada en vigencia de la Constitución de Venezuela de diciembre de 1999, aun cuando la misma fue el producto de una Asamblea Nacional Constituyente mediante la cual unos fracasados militares golpistas lograron asaltar el poder para instalar un régimen autoritario; y aun cuando por ello, sea un ejemplo trágico de una Constitución que comenzó a ser violada desde antes de su propia publicación, hemos considerado que por su contenido avanzado en materia de principios, bien valía el esfuerzo de conmemorar dicho aniversario; y nada mejor que hacerlo con esta obra colectiva dedicada a los principios fundamentales del derecho público (constitucional y administrativo), y sus desafíos actuales.

A tal efecto hicimos la convocatoria entre excelentes juristas y aún mejores amigos de Iberoamérica, quienes respondieron a la misma de una manera generosa y oportuna, presentando un abanico de sobresalientes trabajos que en los cuales se examina el significado de dichos principios fundamentales como categorías constitucionales, su estructura y sus funciones, así como la distinción y las relaciones entre éstos, en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Con ello, buscamos completar colectivamente lo que en su momento hicieron algunos juristas en obras monográficas (como es el caso, por ejemplo, de Frank Moderne, Juan Carlos Cassagne, y Allan R. Brewer-Carías), procediendo ahora los autores a enfrentarse con el desafío que para el Derecho Público de nuestro tiempo supone comprender, con categorías más propias del presente que del pasado, el estado del arte de dichos principios fundamentales. Y ello, particularmente en estos tiempos en los cuales se están produciendo cambios históricos trascendentales en la realidad administrativa y política de nuestro tiempo.

Todo ello tiene, además, una particular importancia, por el papel que habrán de jugar dichos principios fundamentales en la futura reconstrucción del Estado venezolano, después de los devastadores veinte años transcurridos desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como son particularmente los principios de la democracia representativa, la separación de los poderes públicos, la descentralización del poder político, los fines esenciales del Estado, las garantías de los derechos y libertades, la responsabilidad y el control jurisdiccional del Estado, entre tantos otros temas esenciales.

Sobre ese fondo de problemas se sitúa la razón de ser de la presente obra colectiva, que sólo constituye, una modestísima y parcial contribución a los futuros desafíos intelectuales que esos problemas plantean, tarea que ya se empieza a desempeñar aquí, como se refleja de los 46 trabajos recibidos, y que hemos agrupado en las siguientes seis

partes muy bien diferenciadas: I. *Estado democrático*; II. *Estado de Derecho*; III. *Estado social de Derecho*; IV. *Principios de la actuación del Estado*; V. *Principios del procedimiento administrativo*; VI. *Principios de la responsabilidad y del control público del Estado*.

En esas partes, en adición a las contribuciones de los Coordinadores (*Allan R. Brewer-Cariás* y *José Araujo-Juárez*) se han incluido los trabajos, indicados por el orden que tiene en la obra, de los profesores: *Juan Alberto Berríos Ortigoza*, *Luciano Parejo Alfonso*, *Cecilia Sosa Gómez*, *Jorge H. Sarmiento García*, *Jaime Rodríguez-Arana*, *Armando Rodríguez García*, *Rafael Badell Madrid*, *Alejandro Canónico Sarabia*, *Gustavo Linares Benzo*, *Javier Urrutigoity*, *Claudia Nikken*, *Carlos Urdaneta Sandoval*, *Carlos García Soto*, *Armando Luis Blanco Guzmán*, *José Peña Solís*, *Gabriel Sira Santana*, *Juan Carlos Hernández Peña*, *María Candelaria Domínguez Guillén*; *José Ignacio Hernández G.*, *Juan Domingo Alfonso Paradisi*, *Alí Daniels*, *José Amando Mejía Betancourt*, *María Amparo Grau*, *José Gregorio Torrealba R.*, *Tomás-Ramón Fernández*, *Miguel Ángel Torrealba Sánchez*, *Rosibel Grisanti de Montero*, *José Ignacio Herce Maza*, *Caterina Balasso Tejera*, *Jesús Caballero Ortiz*, *Gregorio Montero*, *José Rafael Belandria García*, *Juan Carlos Cassagne*, *Salvatore Chiaracane*, *Alberto Blanco-Urbe Quintero*, *Flavia Pesci Feltri*, *Antonio Silva Aranguren*, *Ramiro Saavedra Becerra*, *Luis A. Ortiz Alvarez*, *Jacqueline T.T. Lejarza A.*, *Víctor Rafael Hernández-Mendible*, *José Luis Villegas Moreno* y *Marisol García Delgado*.

A todos ellos, nuestro agradecimiento renovado.

Una observación importante que debemos hacer es que, aparte de su diversidad, todos los trabajos guardan una íntima relación en la medida en que lo que se trata es de descubrir y profundizar en los rasgos característicos de los principios fundamentales del Derecho Público que luego pueden interrelacionarse. En tal sentido, podemos decir que cada uno de los trabajos están en diálogo permanente con los temas que tratan los demás aunque, aún cuando, como es lógico, cada autor desconociera el contenido de los trabajos de los otros autores, limitándose a conocer los títulos de los distintos trabajos para tener una idea de conjunto que facilite la coordinación de la obra colectiva. Tal diálogo resulta fructífero y los inevitables solapamientos que resultan de ello, no son nada negativos sino, que, por el contrario, enriquecen el conjunto ofreciendo en ocasiones posiciones distintas, aunque en conjunto no pueda decirse que se den posiciones contradictorias.

En todo caso, los Coordinadores esperamos que el conjunto de la obra colectiva proporcione una visión suficientemente omnicompreensiva y al mismo tiempo, a través de las diversas posiciones, no siempre coincidentes, sugiera reflexiones y proporcione elementos de debate y discusión para clarificar algunos problemas que sin duda subsisten. No es éste el momento de enumerar esos problemas. Se deducen de los diversos trabajos que se publican. Pero no debe olvidarse que, de la solución y clarificación de esos problemas, depende llevar a buen puerto el desafío de la futura reconstrucción del Estado venezolano.

Ya estructurada la Obra colectiva en los términos en los cuales finalmente el lector la tiene en sus manos, no nos queda sino reiterar nuestra enorme gratitud a todos y a cada uno de los autores por su participación, por la amable disposición que desde el primer momento mostraron para ponerse a la tarea, por el esfuerzo generoso que han dedicado a ella y por la sobresaliente calidad conseguida, y después con la entrega pun-

PRESENTACIÓN

tual de las aportaciones para poder culminar el encargo en el tiempo previsto. El resultado ha sido una obra colectiva de gran factura por la riqueza de la doctrina contenida en ella, pues todos los trabajos, desde su perspectiva concreta, aportan grandes novedades que los lectores sabrán descubrir y apreciar; todo lo cual esperamos contribuya al debate y a la profundización del conocimiento de los principios fundamentales del Derecho Público (Constitucional y Administrativo), de manera que permitan enfrentar los desafíos actuales de la inminente e impostergable reconstrucción de las instituciones públicas y privadas en Venezuela.

Nueva York / Madrid octubre 2020

PRIMERA PARTE

EL ESTADO DEMOCRÁTICO

1. EL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA POPULAR, EL REPUBLICANISMO Y EL GOBIERNO DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO

Allan R. BREWER-CARÍAS*

El artículo 5 de la Constitución venezolana de 1999, establece lo siguiente:

“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.”

Con esta norma, que sigue la tradición republicana iniciada en 1811 y que se reflejaba en el artículo 4 de la Constitución de 1961, se consagran los principios fundamentales de la soberanía del pueblo y del régimen democrático,¹ en particular, el concepto de representatividad política con el agregado de la participación.

Este artículo se complementa con el artículo 62 que consagra el derecho de todos los ciudadanos “de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes”.

Se consagró así, el principio más importante del derecho público y del constitucionalismo moderno, derivado de las Revoluciones francesa y norteamericana de fines del Siglo XVIII, mediante el cual se operó el traslado efectivo de la soberanía como suprema potestad de mando y gobierno de una Nación, de un Monarca absoluto, al pueblo.²

A partir de esas Revoluciones, la soberanía comenzó a residir en el pueblo; concepto que influyó directamente en el constitucionalismo latinoamericano, recogido en nuestra Constitución de 1811, al señalar que:

* Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela. Ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. allanbrewercarias@gmail.com

¹ Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Brewer-Carías, Allan R. *Debate Constituyente. (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*. T. I, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 183 a 199.

² Véase en 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. 90 y ss. y 186 y ss.

“Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas leyes, costumbres y gobiernos forman una soberanía” (art. 143);

precisando el artículo 144 de la misma Constitución que:

“La soberanía de un país, o supremo poder de regular o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues, esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados y representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución.”

El artículo 5 de la Constitución de 1999 agrega, sin embargo, la expresión que la soberanía debe residir “intransferiblemente” en el pueblo, lo que recoge el espíritu de la norma del artículo 145 de la misma Constitución de 1811 que disponía que:

“Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescriptible, inalienable e indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del gobierno si no la ha obtenido por la Constitución.”

Es decir, la soberanía sólo y siempre reside en el pueblo y nadie puede asumirla, ni siquiera una Asamblea Constituyente la cual, por supuesto, nunca podría ser “soberana” y menos aún “soberanísima” como tantas veces e impropriamente se calificó a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999.³ En la Constitución de 1999, incluso se señaló expresamente, al regularse la Asamblea Nacional Constituyente, que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario” el cual, por tanto, no puede jamás ser transferido a Asamblea alguna; y que sólo es el pueblo “en ejercicio de dicho poder” en que puede una Asamblea Nacional Constituyente” (art. 347), expresándose por supuesto mediante un referendo de convocatoria.⁴

Este principio de la soberanía popular, como se dijo, al momento de conformarse los Estados modernos, vino a sustituir el principio tradicional que entonces prevalecía en el mundo, que era el de la legitimidad monárquica del Estado, donde el Monarca era el soberano. Con dichas revoluciones, la soberanía pasó definitivamente del Monarca al pueblo, iniciándose con ello el republicanismo y la práctica del gobierno democrático.

I. LA IMPOSICIÓN DE LA SOBERANÍA DEL PUEBLO FRENTE A LA SOBERANÍA DEL PARLAMENTO BRITÁNICO EN NORTEAMÉRICA

Ello comenzó en las antiguas colonias norteamericanas, luego de que el 6 de julio de 1775, el Segundo Congreso Continental, reunido en Filadelfia, adoptase la *Declaration of the causes and necessity of taking up arms*, en una reacción contra el poder del

³ Véase los comentarios críticos sobre esto en Brewer-Carías, Allan R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, pp. 67 y ss.

⁴ Ello se violó, abiertamente en 2017, al convocarse una Asamblea Nacional Constituyente por el Presidente de la República mediante decreto, usurpando la soberanía popular. Véase sobre ello, Brewer-Carías, Allan R. y García Soto, Carlos (Coordinadores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2017, 776 pp.; Brewer-Carías, Allan R. *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, N° 121, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018, 654 pp.

Parlamento de Gran Bretaña y su soberanía. Las Colonias tenían una larga tradición de asambleísmo, razón para la cual el Congreso las instó a formar gobiernos separados para el ejercicio de toda autoridad “en forma tal, que en opinión de los representantes del pueblo, pueda conducir mejor a la felicidad y seguridad, en particular de sus ciudadanos y en general de América.”⁵

La reacción del rey Jorge III no se hizo esperar emitiendo el 23 de agosto de 1775, la *Proclamación de Rebelión* contra las Colonias, anunciando una política de fuerza, dándose inicio a la guerra. Las Colonias en realidad reclamaban el derecho a ser oídas por la Corona, y estar representadas en el Parlamento, no habiéndose planteado hasta entonces idea alguna de Independencia, prevaleciendo la tendencia de buscar la reconciliación de las colonias con la Corona.

Para la Independencia, en realidad, parecía que solo faltaba un sólido impulso doctrinario, que fue el que precisamente apareció bajo la forma de un panfleto anónimo, publicado en Filadelfia por el impresor Robert Bell, el 10 de enero de 1776, bajo el título de *Common Sense*,⁶ donde por primera vez se explicitaba sobre las causas y la necesidad de la independencia de las colonias frente a la Corona, en la confrontación del republicanismo contra el régimen monárquico.

Thomas Paine, quien había llegado a Filadelfia en año anterior (1775) fue el autor del folleto, identificado luego de varias ediciones del mismo, y en él planteó la necesidad de idear para el nuevo mundo, una nueva alternativa de gobierno frente al único conocido hasta entonces y durante las centurias anteriores, que era el de las Monarquías absolutas hereditarias.

En esta forma, cuando en el *Common Sense*, Paine se pronunció por la separación de las Colonias norteamericanas de la Monarquía británica, y formuló la idea de la independencia, lo hizo dejando claro que el nuevo régimen político a establecer no podía ser el de la “locura del Gobierno hereditario de los reyes,” o el de “la absurdidad de la sucesión hereditaria,” la cual consideró como:

“un insulto y una imposición sobre la posteridad, porque siendo todos los hombres iguales en su origen, ninguno por su nacimiento pudo tener un derecho para establecer para siempre su misma familia con una perpetua preferencia sobre todas las demás.”⁷

La propuesta de Paine, que luego plasmó en muchos de sus escritos posteriores, partió de la idea simple que delineó posteriormente en 1795, de lo que llamó la división primaria de las formas de gobierno, que era: *primero*, el gobierno por elección de representantes; y *segundo*, el gobierno de sucesión hereditaria. Y fue esa división simple la

⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008, p. 65.

⁶ Solo meses después, en la tercera edición apareció el nombre de Paine como autor. Antes se especuló que los autores podían haber sido John Adams, Benjamin Rush, o Benjamin, en Jack Frutchman Jr., *Thomas Paine. Apostle of Freedom*, Four Walls Eight Windows, New York 1994, pp. 76-77.

⁷ Véase en Foot, Michael and Kramnick, Isaac (editors), *Thomas Paine. Reader* Penguin Books, 1987, pp. 52-56; y en García de Sena, Manuel. *La independencia de Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha*, (1811), edición conmemorativa del Bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos de América, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas 1987, pp. 81-84.

que dio origen, precisamente, a la revolución en los Estados Unidos, a la cual siguió la revolución en Francia, basadas, en palabras de Paine, en el conflicto entre “el sistema representativo fundado sobre los derechos del pueblo; y el sistema hereditario fundado en la usurpación,”⁸ que o solo estaba formado con Monarcas de sangre, sino incluso establecido por dictadores, citando nada menos que a quien años después sería su perseguidor –como lo fue también de Francisco de Miranda– Maximillien Robespierre en representación de la Convención en Francia. El mundo del gobierno monárquico o de la usurpación, era para Paine, en definitiva, lo contrario al “sistema representativo” que en su criterio era “la invención de mundo moderno.”⁹

Y así fue en el *Common Sense*, en un capítulo sobre “de la Monarquía y sucesión hereditaria,” donde Paine sentó las bases para esos planteamientos, expresando, al establecer el contraste entre Monarquía hereditaria y la república, que “el gobierno hereditario no tiene derecho de existir; no puede ser establecido con base a principio alguno de derecho; y antes por el contrario, es una violación de todos los principios;” en fin, “es un insulto y una imposición sobre la posteridad; porque siendo todos los hombres iguales en su origen, ninguno pudo por su nacimiento tener un derecho para establecer su misma familia con una perpetua diferencia sobre todas las demás.”

En cambio, decía Paine, “el gobierno por elección y representación tiene su origen en los derechos naturales y eterno del hombre,” refiriéndose entre otros, al ejercicio de la soberanía “en la elección de las personas que le han de representar en la asamblea nacional de los representantes.”

Con base en estos principios esenciales, Paine planteó, basado en argumentos derivados de “los principios de la naturaleza y del *sentido común*,” la necesaria independencia de las Colonias, desmontando los argumentados que se habían ido formulando a favor de la reconciliación con la Corona, explicando qué era lo que se podía esperar si las Colonias se separaban o seguían dependientes de la misma; apreciando que “la autoridad de Gran Bretaña sobre este continente, es una forma de gobierno que temprano o tarde tiene que tener un fin,” y que era “repugnante para la razón, y el orden universal de las cosas el suponer que este continente puede continuar sujeto a un poder externo.” Y agregaba Paine: “La reconciliación es un sueño falaz,” considerando absurdo que “un continente sea perpetuamente gobernado por una isla,” pues “Inglaterra es para Europa y América para sí misma.”

En definitiva, el *Common Sense* fue la vía de expresión de “la doctrina de la separación en independencia” de América, a cuyo efecto Paine en el libro materialmente diseñó la forma como debían irse organizando las Colonias, cómo debían elegir sus Asambleas, y cómo establecer un Congreso Continental para el nuevo gobierno, y la adopción de una *Continental Charter or Charter of the United Colonies*, respondiendo al principio de que un “gobierno propio es nuestro derecho natural.”

La propuesta republicana fue, en definitiva, que “en América la ley sea el Rey. Así como en un gobierno absoluto el Rey es la Ley, en los países libres la Ley tiene que ser

⁸ Véase el estudio “Dissertation on First Principles of Government” (1705), e Michael Foot and Isaac Kramnick (editors), *Thomas Paine. Reader* Penguin Books, 1987, p. 453.

⁹ Véase en Michael Foot and Isaac Kramnick (editors), *Thomas Paine. Reader* Penguin Books, 1987, p. 454.

el rey; y no puede haber otro.” Concluyó Paine su manifiesto, proponiendo que se adoptara en América “una abierta y determinada declaración de independencia,” acuñando incluso la frase de “Estados Unidos de América”¹⁰ para identificar el nuevo Estado.

Todo esto lo afirmó Paine en enero de 1776, y conforme a esas ideas, precisamente, fue que se forjó el régimen republicano en Norteamérica, basado en la elección y representación, es decir, en un gobierno representativo, desarrollado en cada Colonia, con un Congreso Continental; en un régimen contrapuesto al régimen de gobierno monárquico hereditario, considerando Paine, simplemente, como lo repitió en 1795, que éste no tenía “derecho de existir.”¹¹

Todo este esquema, pudo ejecutarse, en todo caso, porque para el momento en que se inician los conflictos entre las Colonias y el Parlamento, todas ellas ya poseían una amplia autonomía, con un espíritu asambleístico arraigado y un gobierno local bastante autónomo debido, además, a la ausencia de mecanismos centralizadores de administración colonial británica, como los que por ejemplo España pudo establecer en América del Sur, con el Consejo de Indias a la cabeza. En Norteamérica, cada colonia en cambio poseía su propia legislatura, compuesta de dos Cámaras; en algunas de ellas (*Connecticut* y *Rhode Island*) se elegía al Gobernador, en las demás, los nombraba la Corona o los propietarios. El centro de la vida política en cada comunidad, en todo caso, era el *meeting house* (*Town Hall*), donde en asamblea se resolvían los asuntos locales.

Por ello, la reacción colonial contra las imposiciones de la Corona fue relativamente organizada y definitivamente generalizada siendo la primera reunión conjunta de significado constitucional entre las Colonias, el Congreso de Nueva York de 1765, que se reunió para demostrar el rechazo de las Colonias al *Stamp Act*, en el cual se adoptaron las *Resolutions of the Stamp Act Congress* el 19 de octubre de 1765, en las cuales, entre los derechos que se declararon estuvieron los siguientes:

“3° Que es inseparablemente esencial a la libertad de un pueblo, y un indudable derecho de los ingleses, que no se les deben imponer impuestos sino con su propio consentimiento, dado personalmente o mediante sus representantes;

4° Que el pueblo de estas Colonias no está, y desde el punto de vista de sus circunstancias locales, no puede estar representado en la Cámara de los Comunes de Gran Bretaña;

5° Que sólo los representantes del pueblo de estas Colonias son las personas escogidas por ellas mismas; y que nunca impuesto alguno ha sido establecido, ni podrá ser impuesto al pueblo, sino por las respectivas legislaturas.”¹²

Es decir, frente a estas medidas de la Metrópoli, la solidaridad colonial fue inmediata, considerándose que los problemas individuales de las Colonias, en realidad, eran

¹⁰ Véase lo indicado por Foot, Michael. “Introduction,” en *Thomas Paine, Rights of Man*, Alfred Knopf, New York, 1994, p. XI; Hitchens, Christopher, *Thomas Paine, Rights of Man. A Biography*, Manjul Publishing House 2008, p. 36; Craig, Nelson, *Thomas Paine. Enlightenment, Revolution and the Birth of Modern Nation*, Penguin Books, 2007, p. 8.

¹¹ Véase en Foot, Michael and Kramnick, Isaac (editors), *Thomas Paine. Reader* Penguin Books, 1987, p. 454.

¹² Véase Perry, R.L. (ed.), *Sources of our Liberties. Documentary Origin of Individual Liberties in the United States Constitution and Rights*, 1952, p. 270.

problemas de todas ellas, lo que trajo como consecuencia la necesidad de una acción común, declarándose el derecho del pueblo de participar en sus Consejos legislativos, y no estando representados en el parlamento británico, el derecho a poder votar los impuestos que los afectasen.

Todo ello desembocó dos años después en la Revolución norteamericana, frente al Parlamento británico, que era soberano, imponiéndose el principio de la soberanía del pueblo, que en definitiva implicó la instauración de un gobierno democrático y representativo. Así, los norteamericanos de finales del Siglo XVIII decidieron mediante una Revolución, repudiar la autoridad real y sustituirla por una República, siendo el republicano y el convertir la sociedad política en República, la base de la Revolución Americana. Por ello es que la Constitución de 1787 fue adoptada por “el pueblo” (*We the people...*), el cual se convirtió, en la historia constitucional, en el soberano.

Y aun cuando la Constitución de 1787 sólo se concibió, básicamente, como un documento *orgánico* regulando la forma de gobierno, es decir, la separación de poderes entre los órganos del nuevo Estado: horizontalmente, entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y verticalmente, como Estados Unidos, en un sistema federal, para el gobierno de todos los poderes del Estado se estableció la forma de gobierno democrático, mediante representantes electos por el pueblo soberano, en unos casos mediante elección directa y en otros mediante elección indirecta.

Y ello fue precisamente lo que Alexis de Tocqueville descubrió y explicó al mundo, a comienzos del siglo XVIII, en su libro *La democracia en América*, en el cual dijo: “Cuando se quiere hablar de las leyes políticas de los Estados Unidos, hay que comenzar siempre con el dogma de la soberanía del pueblo.”¹³ Un principio que de Tocqueville consideró que “...domina todo el sistema político de los angloamericanos,” añadiendo, que:

“Si hay algún país en el mundo en que se pueda apreciar en su justo valor el dogma de la soberanía del pueblo, estudiarlo en su aplicación a los negocios jurídicos y juzgar sus ventajas y sus peligros, ese país es sin duda Norteamérica.”¹⁴

A ese efecto consagró su libro, para estudiar precisamente la democracia en Norteamérica, reconociendo como se ha dicho que la democracia se había ya desarrollado en Norteamérica tiempo antes de la Independencia, lo que destacó de Tocqueville al indicar que su ejercicio, durante el régimen colonial:

“Se veía reducido a ocultarse en las asambleas provinciales y sobre todo en las comunas donde se propagaba en secreto [...] No podía mostrarse ostensiblemente a plena luz en el seno de las leyes, puesto que las colonias estaban todavía constreñidas a obedecer.”¹⁵

Por ello, una vez que la Revolución norteamericana estalló:

¹³ Véase De Tocqueville, A. *Democracy in America, cit.*, Vol. 1, p. 68.

¹⁴ *Ibid*, p. 68.

¹⁵ *Ibid*, p. 69.

“El dogma de la soberanía del pueblo, salió de la comuna y se apoderó del gobierno. Todas las clases se comprometieron por su causa; se combatió y se triunfó en su nombre; llegó a ser la ley entre las leyes.”¹⁶

De acuerdo con ese dogma de la soberanía del pueblo, cuando este rige en una Nación, dijo de Tocqueville, “cada individuo constituye una parte igual de esa soberanía y participa igualmente en el gobierno del Estado.”¹⁷

El título del primer capítulo de la segunda parte del libro de de Tocqueville, reza así: de “Cómo se puede decir rigurosamente que en los Estados Unidos es el pueblo el que gobierna,” iniciando el primer párrafo en la siguiente forma:

“En [Norte] América el pueblo nombra a quien hace la ley y a quien la ejecuta; él mismo forma el jurado que castiga las infracciones de la Ley. No solamente las instituciones son democráticas en principio, sino también en todo su desarrollo.

Así, el pueblo nombra directamente a sus representantes y los escoge cada año, a fin de tenerlos completamente bajo su dependencia. Es, pues, realmente el pueblo quien dirige y, aunque la forma de gobierno sea representativa, es evidente que las opiniones, los prejuicios, los intereses, y aún las pasiones del pueblo no pueden encontrar obstáculos durables que le impidan producirse en la dirección cotidiana de la sociedad.”¹⁸

De ello concluyó de Tocqueville afirmando que “Norteamérica es la tierra de la democracia.”¹⁹

Uno de los principales aspectos a los cuales de Tocqueville se refirió en relación a la democracia, fue el relativo a “las causas principales del mantenimiento de la república democrática en el Nuevo Mundo,”²⁰ afirmando:

“tres cosas parecen contribuir más que todas las demás al mantenimiento de la república democrática en el nuevo mundo:

La primera es la forma federal que los norteamericanos han adoptado, y que permite a la Unión disfrutar del poder de una gran república y de la seguridad de una pequeña.

Encuentro la segunda en las instituciones comunales que moderando el despotismo de la mayoría, dan al mismo tiempo al pueblo el gusto de la libertad y el arte de ser libre.

La tercera se encuentra en la constitución del poder judicial. He demostrado cómo los tribunales sirven para corregir los extravíos de la democracia y cómo sin poder detener jamás los movimientos de la mayoría, logran hacerlos más lentos, así como dirigirlos.”²¹

De allí, la relación que de Tocqueville estableció entre la democracia y la descentralización, y su afirmación de que los problemas de la “omnipotencia de la mayoría” e

¹⁶ *Ibid*, p. 69.

¹⁷ *Ibid*, p. 78-79.

¹⁸ *Ibid*, p. 213.

¹⁹ *Ibid*, p. 216.

²⁰ Título del Capítulo IX de la segunda parte, *op. cit.*, p. 342.

²¹ *Idem*, p. 354.

incluso la “tiranía de la mayoría,”²² fuera moderada por la casi inexistencia de centralización administrativa²³ y por la influencia de la profesión legal en Norteamérica.²⁴

En todo caso, la democracia como una forma de gobierno, buscada, lograda o mantenida, es la segunda tendencia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo, base del Estado de derecho, inspirada por el proceso constitucional norteamericano. Con posterioridad, todas las Constituciones en el mundo la establecieron como un componente básico de sus sistemas políticos, y es el símbolo de nuestro tiempo, aun cuando su mantenimiento no ha sido siempre asegurado.

II. LA ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA, LA IDEA DE NACIÓN Y LA SOBERANÍA DEL PUEBLO FRENTE AL MONARCA

Todos estos principios de soberanía popular, de democracia y de representación también fueron los elementos políticos esenciales que emanaron de la Revolución francesa, y que surgieron, igualmente, de antecedentes y hechos políticos que se fueron sucediendo en las instituciones políticas de la propia Monarquía absoluta; al punto de que puede decirse que el origen institucional de la Revolución Francesa de 1789, se puede situar un año antes, con la convocatoria 5 de julio de 1788, por el rey Luis XVI de los *États Généraux*, los cuales reunían las tres clases estamentales tradicionales (nobleza, clero y estado llano), pero que para ese momento tenían 175 años de inactividad, en cuyo seno, el Tercer Estado, convertido en Asamblea, hizo la Revolución.

Con esa convocatoria, motivada por el rechazo que los *Parlements* hicieron de las propuestas de ley para aumentar los impuestos, se inició la revolución política de Francia, pues en definitiva, se puso fin, por la propia Monarquía, al gobierno absoluto, al aceptar el Rey compartir el gobierno y el poder con un cuerpo de diputados electos que asumirían el Poder Legislativo, que hasta ese momento era ejercido por el propio Monarca. Con dicha convocatoria el Rey dictó la sentencia de muerte del Antiguo Régimen, de la Monarquía Absoluta, y de su propia vida.

Y ello se originó en la discusión política que se planteó sobre la forma de la convocatoria y la forma de funcionamiento de dicha Asamblea. Como la misma estaba compuesta por tres órdenes, hasta 1614, cada una de las tres órdenes tenía un voto, votando cada una por separado, con lo cual las clases privilegiadas: la nobleza y el clero, siempre dominaban frente al *Tiers État*. A partir de septiembre de 1788, la discusión fue entonces sobre la forma del voto, si debía ser o no separado, y la forma cómo debían reunirse las órdenes, en cuanto al número de sus representantes. El *Parlement* (tribunal) de París,²⁵ incluso, que era el principal instrumento de la aristocracia, dictó una declara-

²² *Idem*, p. 304, 309.

²³ *Idem*, p. 323.

²⁴ *Idem*, p. 324.

²⁵ Otra institución de la Monarquía a la cual correspondió jugar un papel fundamental en la Revolución, fueron los llamados *Parlements* que se convirtieron incluso, antes que los *États Généraux*, en la amenaza más peligrosa al poder del Rey. En el Antiguo Régimen, el Rey era fuente de toda justicia, pero podía delegarla, y así como los Intendentes realizaban funciones judiciales, el Consejo Privado del Rey también ejercía funciones judiciales, y lo mismo sucedía con doce instituciones judiciales provinciales, que se denominaban los *Parlements*, diseminados en todo el territorio del reino y que se autocalificaban como guardianes de las "leyes fundamentales del reino". Ello sucedió así, sin duda, con la toleran-

ción el 21 de septiembre de 1788 indicando la forma elegida: cada orden tendría igual representación y voto separado, con lo cual siempre las clases privilegiadas iban a mantener el control de la Asamblea. Con ello, sin duda, la aristocracia había triunfado, pero también había iniciado la verdadera revolución, perdiendo además el *Parlement* toda pretensión de ser portavoz de libertades. Frente a la declaración del *Parlement*, hubo múltiples reacciones panfletarias, signadas por la reacción del *Tiers*, y según lo señaló de Tocqueville, el Rey Luis XVI le respondió:

“Nada tengo que responder a mi *Parlement* sobre sus súplicas. Es con la Nación reunida con quien concertaré las disposiciones apropiadas para consolidar para siempre el orden jurídico y la propiedad del Estado.”²⁶

El Rey reaccionó así contra el órgano judicial, pensando que la asamblea lo apoyaría, es decir, que resolvería el conflicto consultando a la Nación, la cual estaba representada, precisamente, en los *États Généraux*. Con ello, el Rey, materialmente, consumó la Revolución, al renunciar al Gobierno Absoluto y aceptar compartirlo con los *États Généraux* que se reunirían en mayo de 1789. Como se dijo, con ello, el Rey firmó su condena y la del Antiguo Régimen.

En cuanto a los *Parlements*, de Tocqueville resumió su suerte así:

“Una vez vencido definitivamente el poder absoluto y cuando la Nación no necesitó ya un campeón para defender sus derechos, el *Parlement* volvió de pronto a ser lo que antes era: una vieja institución deformada y desacreditada, legado de la Edad Media; y al momento volvió a ocupar su antiguo sitio en los odios públicos. Para destruirlo, al Rey le había bastado con dejarle triunfar.”²⁷

Los estamentos u órdenes habían estado juntos en el proceso antes descrito, pero vencido el Rey y convocados los *Estados Generales*, la lucha por el dominio de los mismos entre las clases comenzó, y con ello empezó a surgir la verdadera figura de la Revolución, habiendo la burguesía defendido que debía haber un doblamiento de los miembros del *Tiers Etat* en relación a los otros dos estamentos, y que el voto debía ser por cabeza de diputado y no por orden, con lo cual había posibilidad de tener un voto igual entre nobleza y clero y el *Tercer Estado*, dejando de dominar la Asamblea los dos primeros.

En ese contexto, la igualdad natural, que había sido tema difundido por la propia nobleza en sus ratos de ocio, se convertiría en el arma más terrible dirigida contra ella, prevaleciendo la idea de que el gobierno debía representar la voluntad general, y la mayoría numérica debía dictar la Ley.

cia real, conforme a las ideas de *Montesquieu* (1689-1755) (quien había sido Presidente del *Parlement* de Burdeos) sobre la separación de poderes y el contrapeso de los mismos. Estas instituciones, doce en total, configuradas como Cortes Superiores para administrar justicia en última instancia en nombre del Rey, jugaron un papel político fundamental en el proceso revolucionario, y particularmente el *Parlement* de París, con el ejercicio de sus derechos de inscripción y rechazo de los edictos reales. Los *Parlements*, al igual que los *États Généraux*, también habían adquirido cierto poder frente al Rey, por razones políticas circunstanciales, precisamente y coincidencialmente, cuando aquellos cesaron de ser convocados. En 1614, como se dijo, fueron convocados por última vez los *États Généraux*, y fue precisamente en 1610, que los *Parlement* comenzaron a adquirir fuentes de poder, también por razones circunstanciales, con motivo del asesinato de Enrique IV (1533-1610).

²⁶ *Idem*. p. 81.

²⁷ *Idem*. p. 83.

El 5 de diciembre de 1788, el Consejo Real decidió que el *Tercer Estado* tuviera un número igual a la suma de los otros dos estamentos, con lo que los duplicó. El Consejo Real, sin embargo, no se pronunció sobre la forma del voto, si era por cabeza de diputado o por orden y por separado. Era evidente que aun cuando se doblara el número de los diputados del *Tiers Etat*, si el voto seguía siendo por orden, por separado, seguiría triunfando la aristocracia que tendría dos votos sobre una de las clases no privilegiadas. Sin embargo, al defender posteriormente la integración tradicional de los *États Généraux*, que favorecía sus intereses y aseguraba sus privilegios, provocó la ruptura de su alianza con el *Tiers*. Por ello, el triunfo del *Tiers* en los *États Généraux* significó el fin de la aristocracia, que fue, en definitiva, la primera víctima de la Revolución que ella misma había comenzado desde 1787.

Ahora bien, aún sin resolverse el problema del voto, en enero de 1789 se publicó el Reglamento de Elecciones de los diputados, que estableció un sistema de elección indirecta, de dos grados en el campo y de tres grados en la ciudad. Las elecciones se realizaron en más de 40.000 circunscripciones o asambleas electorales en todo el país, que despertaron políticamente a Francia, produciéndose una movilización completa de la población y despertando emociones populares. En todas las Asambleas locales se formularon los tradicionales cuadernos de reivindicaciones y peticiones (*cahiers des doléances*). En esa forma, todos los diputados, de todo el país, llegaron a *Versalles* en abril de 1789, cargados de peticiones y requerimientos de la nobleza, del clero y el pueblo, signadas por las reacciones contra el absolutismo que buscaban limitar los poderes del Rey; por el deseo de una representación nacional a la que le correspondiera votar las leyes impositivas y en general, hacer las leyes; y por el deseo general de igualdad. Toda la eferescencia política, sin duda, se concretó en estos cuadernos de reivindicaciones que a la usanza de los tradicionales *États Généraux*, los diputados debían entregar al Rey el día de su instalación.

Como previsto, el 5 de mayo de 1789 los *États Généraux* fueron inaugurados oficialmente por el Rey, y la discusión inicial se concretó respecto de cómo se iban a instalar, pues ello no había sido resuelto en la convocatoria real: si en una asamblea las tres órdenes juntas o si en tres asambleas separadas.

La burguesía urbana y profesional había acaparado la mayoría de los escaños entre los diputados del *Tercer Estado*, por lo que dominó las discusiones y las votaciones en las Asambleas, lo que se reforzó por la división imperante en los otros dos estamentos. En el mismo mes de mayo de 1789, el *Tercer Estado* insistió en la celebración conjunta de sesiones para considerar la validez de los mandatos de los diputados, negándose a la verificación en forma separada. La nobleza adoptó una posición diametralmente opuesta, considerando la votación separada como un principio de la constitución monárquica. El clero, dividido, si bien no aceptó celebrar sesiones conjuntas con el *Tiers*, se abstuvo de declararse como Cámara aparte.

Un mes después, el 6 de junio de 1789, el *Tiers état se reveló*, se instaló, e incitó y convocó a las otras dos órdenes a una sesión conjunta, advirtiéndoles que si no asistían, actuaría solo, aun cuando el número de votos por *cabeza* de diputados fuera igual. En este proceso tuvo un papel importante el clero, que si bien era una de las clases privilegiadas de la sociedad estamental, no tenía una composición uniforme: había un alto clero, que formaba parte de la nobleza y había un bajo clero, más cerca de las clases populares y de la burguesía. Por ello, cuando se produjo la convocatoria por parte del *Tiers* a

una asamblea general, primero fueron tres, después siete y al final dieciséis diputados del clero que se sumaron al *Tiers état*, proceso en el cual, sin duda, el abate Sieyès jugó un papel fundamental.

Este último elemento provocó que la asamblea se constituyera, siendo esto un triunfo del *Tiers*, arrogándose a sí misma el título de Asamblea. Sieyès, diputado por el clero, incluso propuso que el título fuera “Asamblea de representantes conocidos y verificados de la Nación Francesa.” En todo caso, no había pasado mes y medio desde la instalación de los *États Généraux*, cuando el 17 de junio de 1789, el *Tiers*, con algunos diputados de las otras órdenes, adoptó la “Declaración de constitución de la Asamblea.”

Los diputados del *Tiers état*, dominados por la burguesía, por tanto, se erigieron en Asamblea Nacional y se atribuyeron a sí mismos el poder de legislar y, por tanto, de consentir o no los impuestos. Este fue, sin duda, el primer acto revolucionario del *Tiers*, y del inicio, en 1789, de la Revolución Francesa. Por eso, primero los *Parlements* y luego, los *États Généraux*, son los que provocaron la Revolución.

En junio de 1789, por tanto, Francia vio surgir una Asamblea en la cual la mayoría todopoderosa e incontenible que se atribuía la representación nacional amenazaba y disminuía el poder real, ya desarmado. Por ello de Tocqueville observó que en esa situación “el *Tiers état*, dominando la única Asamblea, no podía dejar de hacer, no una reforma, sino una revolución,”²⁸ y eso fue lo que hizo. De allí la propia afirmación que deriva del título de la famosa obra de Sieyès: *Qu'est-ce que le tiers état?* (¿Qué es el Tercer Estado?): El *Tercer Estado* constituye la Nación completa, negando que las otras órdenes tuvieran algún valor.²⁹

La Asamblea dictó decretos, incluso sobre la forma de su propia disolución, quitándole poder al Rey sobre ello. Estos, sin embargo, fueron derogados por el Rey, ordenando que se constituyeran los *États Généraux*, por separado, intimidando con la fuerza al *Tercer Estado*. Así fue que apareció, por primera vez en la Revolución, el elemento popular.

En efecto, el hambre, el aumento del precio del pan por la escasez de cereales, particularmente ese año por razones climáticas; en fin, la pobreza, fue el combustible para la agitación y rebelión del pueblo, estimulado por los diputados del *Tiers État* para lograr su supervivencia política frente al Rey. Así, la Asamblea, con el apoyo popular, impidió su propia disolución y se impuso al Rey. La turba parisina inclusive fue en protesta hasta Versalles, y en el Palacio llegó a la antesala del Rey. Esto provocó que el Rey ordenase a los otros dos estamentos (nobleza y clero) a sumarse a la Asamblea, por lo que a partir de 27 de junio de 1789, por decisión real, se cambió radicalmente la estructura político-constitucional de Francia y de la Monarquía Absoluta.

En todo caso, tan rápido y violento había sido el proceso de rebelión política y popular, que el Rey había llamado al Ejército para someter la Asamblea que desobedecía sus órdenes. La Asamblea Nacional, el 9 de julio de 1789 se había constituido en *Asamblea Nacional Constituyente* desafiando nuevamente el poder real. La presencia y acción represiva del Ejército en París produjo la exacerbación popular; y el pueblo, bajo

²⁸ *Idem*, p. 92.

²⁹ Véase Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état*, (publicada en enero de 1789), ed. Zappeti, R. Génova 1970.

la arenga política, buscó armas para defenderse. Las obtuvo el 14 de julio en el asalto a la caserna militar de los Inválidos, donde la turba se apertrechó (4 cañones y 34.000 fusiles) y en ese proceso de búsqueda de armas, se produjo ese mismo día la toma de la Bastilla, prisión del Estado, símbolo de la arbitrariedad real. Allí, sin embargo, además de que no había sino siete detenidos, no había armas.

La revuelta, en todo caso, salvó a la Asamblea Nacional, la cual, reconocida por el Rey e instalada definitivamente después de la toma de la Bastilla, a partir de agosto de 1789 comenzó a cambiar la faz constitucional francesa. El espíritu subversivo se esparció por todas las Provincias, en las cuales los campesinos y los pueblos en armas se sublevaron contra los antiguos señores. La Asamblea Nacional tuvo que prestar atención inmediata al problema del privilegio fiscal, lo que llevó, el 5 de agosto, a que los diputados nobles y del clero renunciaran a sus derechos feudales y a sus inmunidades fiscales.

La Asamblea había recibido el 11 de julio un primer texto de una “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano,” presentado por *Lafayette*. Suprimidas las rebeliones provinciales, dicha Declaración fue sancionada el 26-27 de agosto de 1789, y con ella, la Asamblea aprobó los artículos de una Constitución –19 artículos que preceden la Declaración–, con lo cual se produjo la primera manifestación constitucional de la Asamblea. En estos artículos de Constitución se recogieron los principios de organización del Estado: se proclamó que los poderes emanaban esencialmente de la Nación (art. 1º); que el Gobierno francés era monárquico, pero que no había autoridad superior a la de la Ley, a través de la cual reinaba el Rey, y en virtud de la cual podía exigir obediencia (art. 2º); se proclamó que el Poder Legislativo residía en la Asamblea Nacional (art. 2º) compuesta por representantes de la Nación libre y legalmente electos (art. 9º), en una sola Cámara (art. 5º) y de carácter permanente (art. 4º); se dispuso que el Poder Ejecutivo residiría exclusivamente en las manos del Rey (art. 16), pero que no podía hacer Ley alguna (art. 17); y se estableció que el Poder Judicial no podía ser ejercido en ningún caso, ni por el Rey ni por el Cuerpo Legislativo, por lo que la justicia sólo sería administrada en nombre del Rey por los tribunales establecidos por la Ley, conforme a los principios de la Constitución y según las formas determinadas por la Ley (art. 19).

En cuanto al texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue adoptada por “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional,” y en ella, frente a la soberanía del Monarca se proclamó “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación” de manera que “ningún cuerpo, ningún individuo (incluso el rey) puede ejercer una autoridad que no emane de ella expresamente” (art. 3).

La Declaración, por supuesto, fue rechazada por el Rey, originando una nueva revuelta popular que provocó el traslado de la Asamblea de Versalles a París, y obligó a la sanción real de la Declaración, el 2 de octubre. La Asamblea conminó al Rey a regresar a París el 5-6 de octubre, y el 2 de noviembre la Asamblea confiscó los bienes de la Iglesia y del clero, que se declararon bienes nacionales. La Asamblea, en pocos meses, hizo la Revolución jurídica, cambió todos los instrumentos que regían la Monarquía y, a partir de finales de 1789, comenzó a configurarse un nuevo Estado, creando el 22 de diciembre, los Departamentos como demarcación territorial uniforme del nuevo Estado. Asimismo, antes, por Decreto de 14 de diciembre de 1789 había organizado las municipalidades e institucionalizado el “poder municipal”.

El proceso posterior a 1789 es historia conocida: la Revolución originó las guerras de las Monarquías europeas contra Francia, que se encontró amenazada en todas sus fronteras. La Revolución, por tanto, además de consolidarse internamente tuvo que protegerse externamente. En junio de 1791 el Rey negoció con las potencias extranjeras e intentó huir; pero detenido, y obligado a aceptar la Constitución del 13 de septiembre de 1791, que fue la primera Constitución europea moderna, configuradora, de un Estado monárquico con una Asamblea de representantes electos signado por el principio de la separación de poderes. Conforme al mismo, el Rey conservaba el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo lo asumía la Asamblea, y el Poder Judicial, los Tribunales. Los *Parlements* por supuesto, habían sido eliminados por la Revolución, de manera que las instituciones que la provocaron (los *États Généraux* y los *Parlement*) desaparecieron inmediatamente.

Luis XVI, en virtud de la nueva Constitución dejó de ser “Rey de Francia” y pasó a ser “Rey de los Franceses.” Como monarca constitucional se esforzó en frenar la Revolución aplicando el veto suspensivo a la legislación, pero lo que logró fue aumentar el descontento político y popular contra él. Fue hecho prisionero por la Comuna insurrecta de París el 10 de agosto de 1792, encarcelado en la prisión del *Temple*, acusado de traición, juzgado por la Convención recién electa el 2 de septiembre de 1792, condenado a muerte, y ejecutado el 21 de enero de 1793.

En todo caso, a partir de la prisión del Rey, el 22 de septiembre de 1792 se había proclamado la República, entrando en vigencia la primera Constitución Republicana el 24 de junio de 1793, una vez ratificada por referéndum (Constitución del año I), cuyo texto también estuvo precedido de la Declaración de Derechos. En esos meses, además, el terror político y revolucionario se apoderó de Francia y el caos se generalizó, sobre todo por la coalición extranjera que se formó contra la Revolución (marzo 1793).

De la Revolución francesa y el constitucionalismo francés, al igual que de la Revolución norteamericana, quedó el legado para el Estado de derecho, del principio de la soberanía del pueblo, del republicanismo y de la democracia representativa, que en contraste con el régimen del absolutismo, donde el soberano era el Monarca, quien ejercía todos los poderes e, incluso, otorgaba la Constitución del Estado. Con la Revolución, como se ha dicho, el Rey fue despojado de su soberanía, la cual se trasladó al pueblo, habiendo surgido la noción de Nación como personificación del pueblo, para reemplazar al Rey en su ejercicio.³⁰

De allí el principio de la soberanía atribuida al pueblo o a la Nación y no al Rey o a los gobernantes, que surgió del texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad alguna que no emane de ella expresamente” (art. 3). La Declaración de Derechos que también precedió la Constitución de 1793, señaló también que “La soberanía reside en el pueblo. Ella es una e indivisible, imprescriptible e inalienable” (art. 25), y la Declaración que precedió la Constitución de 1795, señaló “La soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos. Ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía.”

³⁰ Véase Berthélémy-Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1933, p. 74, citado por Pelayo, M. García, *op. cit.*, p. 461.

Debe destacarse, además, que a pesar de su carácter monárquico, la Constitución francesa de 1791 fue representativa, desde el momento en que la Nación ejercía su poder a través de representantes; de manera que precisamente por el sistema que se estableció para la participación, la Revolución tuvo una especial significación social vinculada a la burguesía, ya que conforme al sistema de sufragio que se estableció, un gran número de ciudadanos fue excluido de la actividad electoral.

En todo caso, después de la Monarquía y ejecutado Luis XVI, como se dijo, la Constitución de 1793 estableció la República en sustitución de la Monarquía, como “única e indivisible” (art. 1). En consecuencia, el pueblo soberano, constituido por “la universalidad de los ciudadanos franceses,” nombraba sus representantes en los cuales le delegaba el ejercicio de los poderes públicos (art. 7 a 10). Estas ideas de la representatividad, sin embargo, en Francia se impusieron desde el momento mismo de la Revolución, en 1789, a pesar de que al inicio la forma del gobierno siguió siendo Monárquica. Así, en la Constitución de 1791 se estableció que:

“La Nación de la cual emanan todos los poderes, no los puede ejercer sino por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey” (art. 2, título III).

Por tanto, incluso el Rey se convirtió con la Revolución en representante de la Nación, hasta que fue decapitado, y con ello la Monarquía convertida en República, fue completamente representativa.

III. LA IDEA DE LA REPRESENTACIÓN POPULAR AL INICIO DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA AMÉRICA HISPANA

La idea de la representación popular y del ejercicio de su soberanía por el pueblo, conforme a los principios que derivaron de las revoluciones norteamericana y francesa también marcaron el inicio del proceso constituyente en la América hispana.

En efecto, el día 11 de junio de 1810, apenas transcurridos dos meses desde que se constituyera en Caracas la Junta Suprema Conservadora de los derechos de Fernando VII (19 de abril de 1810), la misma, en virtud del carácter poco representativo que tenía en relación con las otras Provincias de la Capitanía General de Venezuela, procedió a dictar un “Reglamento para elección y reunión de diputados que han de componer el Cuerpo Conservador de los Derechos del Sr. D. Fernando VII en las Provincias de Venezuela”³¹ el cual para cuando se eligió en 1811 ya fue el Congreso General de las Provincias de Venezuela, integrado por diputados electos mediante un sistema de elección indirecta.

Este Reglamento estuvo precedido de unas consideraciones amplias, en las cuales la Junta Suprema reconoció que los diputados provinciales que hasta ese momento la integraban “sólo incluía la representación del pueblo de la capital, y que aun después de admitidos en su seno los de Cumaná, Barcelona y Margarita quedaban sin voz alguna representativa las ciudades y pueblos de lo interior, tanto de ésta como de las otras pro-

³¹ Véase en *Textos Oficiales de la Primera República de Venezuela*, T. II, Edición Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1982, pp. 61 a 84. Véase también en Brewer-Carías, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, T. I, Caracas 2008.

vincias,” considerando que “la proporción en que se hallaba el número de los delegados de Caracas con los del resto de la Capitanía General no se arreglaba, como lo exige la naturaleza de tales delegaciones, al número de los comitentes.” Por ello, consideró necesario convocar al pueblo de todas las Provincias “para consultar su voto” y para que se escogiese “inmediatamente las personas que por su probidad, luces y patriotismo os parecieran dignas de vuestra confianza.” Consideró la Junta Suprema que era imperioso establecer “otra forma de Gobierno, que aunque temporal y provisorio, evitase los defectos inculpables del actual,” pues los mismos defectos se habían acusado respecto de “la nulidad de carácter público de la Junta Central de España” que adolecía de la misma falta de representatividad.

La determinación fue entonces provocada, como se ha dicho, por “la necesidad de un poder Central bien constituido,” considerándose que había llegado “el momento de organizarlo,” formando “una confederación sólida,” con “una representación común.” A tal efecto, la Junta llamó al ejercicio del derecho del pueblo más importante que era “aquel en que los transmite a un corto número de individuos, haciéndolos árbitros de la suerte de todos,” convocando a “todas las clases de hombres libres ... al primero de los goces de ciudadano, que es el concurrir con su voto a la delegación de los derechos personales y reales que existieron originariamente en la masa común y que la ha restituido el actual interregno de la monarquía.”

En ese momento la Junta de Caracas advirtió, además, que las autoridades que accidentalmente se habían encontrado a la cabeza de la nación española tras la invasión napoleónica, debieron “solicitar que los pueblos españoles de ambos hemisferios eligiesen sus representantes;” pero no fue así, resultando “demasiado evidente que la Junta Central de España no representaba otra parte de la nación que el vecindario de las capitales en que se formaban las Juntas provinciales, que enviaron sus diputados a componerla,” considerándose por tanto que “la Junta Central no pudo transmitir al Consejo de Regencia un carácter de que ella misma carecía,” resultando “la concentración del poder en menor número de individuos escogidos, no por el voto general de los españoles de uno y otro mundo, sino por los mismos que habían sido vocales de la Central.” La Junta Suprema, además, argumentaba ante esa situación, que los habitantes de la España americana “no pueden adherirse a una forma de representación tan parcial como la que se ha prescrito para las dos porciones de nuestro imperio, y que lejos de ajustarse a la igualdad y confraternidad que se nos decantan, sólo está calculada para disminuir nuestra importancia natural y política.” La Junta Suprema, sin embargo, anunció que las Provincias “se conservarán fieles a su augusto Soberano, prontas a reconocerle en un Gobierno legítimo y decididas a sellar con la sangre del último de sus habitantes el juramento que han pronunciado en las aras de la lealtad y del patriotismo.”

Fue en esta forma como la Junta, procedió a dictar las reglas de elección de los diputados al Congreso General para que tuvieran “parte en su elección todos los vecinos libres de Venezuela,” estableciendo un sistema electoral indirecto, en dos grados, conforme al cual, los electores parroquiales que eran a su vez electos por los vecinos de cada parroquia debían elegir un número de diputados a razón de uno por cada 20.000 almas.

A tal efecto, el voto se atribuyó en cada parroquia de las ciudad, villa y pueblo, a todos los vecinos, con exclusión de:

“las mujeres, los menores de veinticinco años, a menos que estén casados y velados, los dementes, los sordomudos, los que tuvieren causa criminal abierta, los fallidos, los deudores a caudales públicos, los extranjeros, los transeúntes, los vagos públicos y notorios, los que hayan sufrido pena corporal, aflictiva o infamatoria y todos los que no tuvieren casa abierta o poblada, esto es, que vivan en la de otro vecino particular a su salario y expensas, o en actual servicio suyo; a menos que, según la opinión común del vecindario, sean propietarios, por lo menos, de dos mil pesos en bienes muebles o raíces libres.” (Cap. I, Art. 4).

Los vecinos eran los que debían elegir los electores parroquiales, cuyo número se determinaba de acuerdo con la población sufragante, a razón de uno por cada quinientas almas (Cap. I, Art. 6). Una vez hecho este cómputo, se debía notificar a los vecinos de la parroquia “el número de los electores que le corresponde; la naturaleza, objeto e importancia de estas elecciones y la necesidad de hacerlas recaer sobre personas idóneas, de bastante patriotismo y luces, buena opinión y fama, como que de su voto particular dependerá luego la acertada elección de los individuos que han de gobernar las provincias de Venezuela y tomar a su cargo la suerte de sus habitantes en circunstancias tan delicadas como las presentes.” (Cap. I, Art. 8). El censo de los vecinos antes indicado correspondía levantarlo a los alcaldes de primera en la elección en las ciudades y villas y los tenientes justicias mayores de los pueblos, quienes debían nombrar los comisionados necesarios a tal efecto (Cap. I, Arts. 1 y 2). En el censo se debía especificar “la calidad de cada individuo, su edad, estado, patria, vecindario, oficio, condición y si es o no propietario de bienes raíces o muebles.” (Cap. I, Art. 3).

Una vez efectuada la elección de los electores parroquiales de cada partido capitular, estos debían reunirse en la ciudad o villa cabeza del mismo, para proceder a la elección de los diputados, en número equivalente a uno por cada veinte mil almas de población (Cap. II, Art. 1), bastando para poder ser electos como tales, que los candidatos fueran vecinos de cualquier partido “comprendidos en las provincias de Venezuela que hayan seguido la justa causa de Caracas;” recomendándose a los electores tener “la mayor escrupulosidad en atender a las circunstancias de buena educación, acreditada conducta talento, amor patriótico, conocimiento local del país, notorio concepto y aceptación pública, y demás necesarias para sostener con decoro la diputación y ejercer las altas facultades de su instituto con el mayor honor y pureza.” La elección debía verificarse en la asamblea de electores, mediante voto oral y público (Cap. II, Art. 8), en “en una sala bastante capaz, a fin de que puedan presenciarla todas las personas del vecindario que quieran y se presenten en traje decente” (Cap. II, Art 7), en un acto que debía ser presidido por los alcaldes primeros de las ciudades y villas, haciendo en ellas de secretario el que lo fuere del Ayuntamiento (Cap. II, Art. 5). La elección se hacía por mayoría de sufragios obtenidos (Cap. II, Art. 9).

Efectuada la elección, los diputados debían presentar sus credenciales a la Junta Suprema para su examen y, una vez aprobadas, “bien entendido que en llegando los dos tercios de su número total, se instalará el Cuerpo bajo el nombre de Junta general de Diputación de las provincias de Venezuela” (Cap. III, Art. 1). Se dispuso, además, que mientras la Junta General de Diputación estuviere organizando la autoridad ejecutiva, la Suprema Junta como poder ejecutivo continuaría ejerciendo “el ramo ejecutivo, la administración de las rentas y el mando de la fuerza armada” (Cap. III, Art. 3).

Conforme a estas normas a finales de 1810 se realizaron elecciones en siete de las nueve Provincias de la antigua Capitanía General de Venezuela,³² habiéndose elegido 44 diputados por las Provincias de Caracas (24), Barinas (9), Cumaná (4), Barcelona (3), Mérida (2), Trujillo (1) y Margarita (1).³³ Esos fueron los diputados que conformaron el Congreso General que al año siguiente, el 1º de julio de 1811 adoptaría la declaración de los derechos del Pueblo; que el 5 de julio de 1811, declararía formalmente la Independencia de Venezuela; y que el 21 de noviembre de 1811 sancionaría la Constitución federal de las Provincias Unidas de Venezuela.

En estos instrumentos se recogieron todos los principios sobre la soberanía popular y representatividad, de manera que por ejemplo, en la Declaración de Derechos del Pueblo de 1811, los primeros dos artículos de la Sección "Soberanía del Pueblo" establecieron:

“Art. 1. La soberanía reside en el pueblo; y el ejercicio de ella en los ciudadanos con derecho a sufragio, por medio de sus apoderados legalmente constituidos.

Art. 2. La soberanía, es por su naturaleza y esencia, imprescindible, inajenable e indivisible.”.

La Constitución de 1811, además, definió la soberanía popular conforme a la misma orientación:

“Art. 143. Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas leyes, costumbres y gobiernos forma una soberanía.

Art. 144. La soberanía de un país o supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados o representantes de estos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución.”

Conforme a estas normas, por tanto, en las antiguas Provincias coloniales de España que formaron Venezuela, la soberanía del Monarca español había cesado. Incluso, desde el 19 de abril de 1810, la soberanía había comenzado a ejercerse por el pueblo, que se dio a sí mismo una Constitución a través de sus representantes electos. Por ello, la Constitución de 1811, comenzó señalando:

“Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos de Venezuela, usando de nuestra soberanía y deseando establecer entre nosotros la mejor administración de justicia, procurar el bien general, asegurar la tranquilidad interior, proveer en común la defensa exterior, sostener nuestra libertad e independencia política, conservar pura e ilesa la sagrada religión de nuestros mayores, asegurar perpetuamente a nuestra posteridad el goce de estos bienes y estrechados mutuamente con la más inalterable unión y sincera amistad, hemos resuelto confederarnos solemnemente para formar y establecer la siguiente Constitución, por la cual se han de gobernar y administrar estos estados...”

³² Participaron las provincias de Caracas, Barinas, Cumaná, Barcelona, Mérida, Trujillo y Margarita. Véase Gil Fortoul, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, T. I, Berlín 1908, p. 223. Véase Blanco, J. F. y Azpúrua, R. *Documentos para la historia de la vida pública del Libertador*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1983, T. II, pp. 413 y 489.

³³ Véase Parra Pérez, C. *Historia de la Primera República de Venezuela*, Academia de la Historia, T. I, Caracas 1959, p. 477.

La idea del pueblo soberano, por tanto, que no sólo provino de la Revolución francesa sino, antes, de la Revolución americana, y se arraigó en el constitucionalismo venezolano desde 1811, contra la idea de la soberanía monárquica que aún imperaba en España en ese momento.

Y de ello derivó la idea de representatividad republicana, la cual, por supuesto, también se recogió en la Constitución venezolana de 1811, en la cual, se estableció que la soberanía se ejercitaba sólo “por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución” (Art. 144). Por ello, agregó la Constitución de 1811:

Art. 146. Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido, puede atribuirse la soberanía de la sociedad que es imprescindible, inajenable e indivisible, en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del gobierno si no la ha obtenido por la constitución.”

En definitiva, siendo el sistema de gobierno netamente republicano y representativo, conforme a la más exacta expresión francesa de la Declaración de 1789 (Art. 6), la Constitución de 1811 estableció que:

“Art. 149. La Ley es la expresión libre de la voluntad general de la mayoría de los ciudadanos, indicada por el órgano de sus representantes legalmente constituidos.”

Esos representantes en el Congreso conformaron la Cámara de representantes y el Senado, para la elección de los cuales la Constitución estableció una detallada forma de elección (Art. 14 a 51), en un sistema indirecto, a través de las congregaciones parroquiales (Arts. 26, 28). La Constitución, siguiendo la tendencia general, restringió el sufragio al consagrar requisitos de orden económico para poder participar en las elecciones³⁴ reservándose entonces el control político del naciente Estado a la aristocracia criolla y a la naciente burguesía parda.

En cuanto al “Poder Ejecutivo,” se dispuso que residiría en la ciudad federal “depositado en tres individuos elegidos popularmente” (Art. 72) por las Congregaciones Electorales (Art. 76) por listas abiertas (Art. 77).

Debe observarse, por lo demás, que el republicanismo y el asambleísmo fue una constante en toda la evolución constitucional de la naciente República, por lo que por ejemplo, después de la caída de la primera República, y antes de su reconstitución en 1819, durante las campañas militares por la liberación de Venezuela, Simón Bolívar incluso siempre tuvo el empeño por legitimar el poder por el pueblo reunido o a través de elecciones.³⁵

³⁴ Cfr., Díaz Sánchez, R. “Evolución Social de Venezuela (hasta 1960)”, en Picón Salas, M. y otros, *Venezuela Independiente 1810-1960*, Caracas, 1962, p. 197, y Parra Pérez, C. *Estudio preliminar a la Constitución Federal de Venezuela de 1811*, p. 32. Es de destacar, por otra parte, que las restricciones al sufragio también se establecieron en el sufragio pasivo, pues para ser representante se requería gozar de “una propiedad de cualquier clase” (Art. 15) y para ser Senador, gozar de “una propiedad de seis mil pesos” (Art. 49). Cfr. J. Gil Fortoul, *Historia Constitucional de Venezuela*, Obras Completas, T. I, Caracas, 1953, p. 259.

³⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R. “Ideas centrales sobre la organización del Estado en la obra del Libertador y sus proyecciones contemporáneas”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas 1984, N° 95-96, pp. 137 ss.

Ese principio de la soberanía popular, en todo caso, quedó gravado en nuestro constitucionalismo, habiendo quedado expresado en frases relativamente similares, en todas nuestras constituciones posteriores.

IV. LA DEMOCRACIA COMO RÉGIMEN POLÍTICO Y EL DERECHO CIUDADANO A LA DEMOCRACIA

Como resultado de la consolidación, durante los últimos doscientos años de todos los principios del republicanismo y de la representatividad democrática, basados en el principio de que la soberanía reside en el pueblo, el segundo principio más importante del derecho público y del Estado de derecho es el de la democracia representativa, la cual se encuentra expresada en el mundo contemporáneo en todas las Constituciones, como es el caso, por ejemplo, de la de Venezuela de 1999, en cuyo artículo 5, antes citado, se establece lo siguiente:

“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.”

Con la expresión de que la soberanía reside “intransferiblemente” en el pueblo, lo que se quiso expresar es que la misma sólo y siempre reside en el pueblo y nadie puede asumirla, ni siquiera una Asamblea Constituyente la cual, por supuesto, nunca podría ser “soberana” y menos aún “soberanísima” como, por ejemplo, tantas veces e impropriamente se calificó en Venezuela a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999,³⁶ y de 2017.³⁷

En la Constitución de 1999, incluso se señala, al regularse la Asamblea Nacional Constituyente, que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario” (art. 347) el cual, por tanto, no puede jamás ser transferido a Asamblea alguna.

En todo caso, fue la consagración constitucional del principio de la soberanía popular y su carácter intransferible, lo que condujo en el mundo moderno, al desarrollo del principio de la democracia representativa, en el sentido de que el pueblo, que es el titular de la soberanía, normalmente la ejerce mediante representantes.³⁸

³⁶ Véase los comentarios críticos sobre esto en Brewer-Carías, Allan R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 67 ss.

³⁷ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, N° 121, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018, 654 pp.

³⁸ Véase en general Combellas, Ricardo, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Mc Graw Hill, Caracas 2001, pp. 33 ss.; y Nogueira Alcalá, Humberto, “Tópicos sobre la clasificación de los tipos de Gobierno constitucionales democráticos”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, T. I, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, Madrid 2003, pp. 325-368.

Soberanía popular y democracia representativa³⁹ por tanto, son principios consustanciales e indisolubles, razón por la cual es imposible consagrar el principio de la soberanía popular, en régimen democrático, sin el principio de la democracia representativa.⁴⁰

La representatividad, en sí misma, es de la esencia de la democracia, y los vicios de aquella lo que exigen es perfeccionarla, pero no eliminarla. Es decir, la crisis que pueda afectar en determinadas circunstancias la representatividad democrática no puede conducir a su eliminación, sino a su perfeccionamiento.⁴¹ Todo ello, para ampliar el radio de la representatividad, y permitir que el pueblo, sus lugares y comunidades encuentren representación directa en las Asambleas representativas.

En todo caso, en el ejemplo del artículo 5 de la Constitución venezolana, queda claro que la soberanía, que reside en el pueblo se ejerce “indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público,” regulando además el artículo 62 el derecho de los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos “por medio de sus representantes elegidos”.

De ello deriva, por tanto, que la representatividad democrática siempre tiene que tener su fuente en elecciones populares (art. 70), y que éstas están destinadas a elegir los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público mediante sufragio universal, directo y secreto (art. 63) que, por supuesto, son los que establece la Constitución conforme a los principios de distribución y separación del Poder Público (art. 136).

Por supuesto, la democracia representativa debe perfeccionarse haciendo posible la participación del ciudadano en los procesos políticos, lo que se logra además de con la descentralización política a los efectos de acercar el poder al ciudadano, mediante la consagración de diversos instrumentos para hacer realidad el derecho a la participa-

³⁹ Véase sobre la soberanía y la democracia representativa, Bracho Grand, Pedro L. y Álvarez de Bozo, Miriam, “Democracia representativa en la Constitución Nacional de 1999”, en *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Volumen I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 235-254; Brewer-Carías, Allan R. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, op. cit., pp. 17 ss., 55 ss.; Rivas Quintero, Alfonso. *Derecho Constitucional*, Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 190 ss.; y Combellas, Ricardo. “Representación vs. Participación en la Constitución Bolivariana. Análisis de un falso dilema”, en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen II, pp. 383-402.

⁴⁰ Véase en Brewer-Carías, Allan R. *Debate Constituyente*, T. I, op. cit., pp. 184 ss.

⁴¹ Las críticas a la democracia representativa deben ser para perfeccionarla, no para eliminarla y menos para sustituirla por la llamada “democracia participativa.” Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Sobre los elementos de la democracia como régimen político: representación y control del poder,” en *Revista Jurídica Digital IUREced*, Edición 01, Trimestre 1, 2010-2011, en <http://www.megaupload.com/?d=ZN9Y2W1R>; “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Bogotá, 31 agosto-1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482; “Participación y representatividad democrática en el gobierno municipal,” en la *Revista Ita Ius Esto, Revista de Estudiantes* (<http://www.itaiusesto.com/>), In *Memoriam Adolfo Céspedes Zavaleta*, Lima 2011, pp. 11-36; en <http://www.itaiusesto.com/participacion-y-representacion-democratica-en-el-gobierno-municipal/>

ción.⁴² Pero lo que no puede admitirse es que se pretenda sustituir la democracia representativa por una supuesta “democracia participativa” que en el discurso autoritario del cual hemos sido testigos durante las dos primeras décadas del siglo XXI, en realidad, de democracia sólo tiene el nombre, siendo hábilmente utilizado frente a los fracasos políticos que experimentó la democracia representativa por la incomprensión de los partidos políticos en permitir su evolución y perfeccionamiento. Es claro que muchas veces la expresión se utiliza sin que se sepa efectivamente de qué se trata y, generalmente, confundiendo indebidamente a la democracia participativa con elementos de democracia directa, como podría ser la iniciativa para convocar una Asamblea Constituyente o para proceder a la revocación de mandatos populares. Pero en la mayoría de los casos, como hemos observado, se utiliza como una engañosa y clara estrategia para acabar con la propia democracia representativa como régimen político, exacerbando la desconfianza en las propias instituciones del Estado constitucional democrático de derecho.⁴³

La confusión originada por el clamor que a veces se siente por la necesidad de la participación, la cual, además, por esencia, es contraria al autoritarismo y al centralismo, obliga a reflexionar sobre la propia democracia para poder situar el concepto de participación política donde le corresponde, que es, entre otros, en el ámbito local de la descentralización política.

⁴² Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 1037 de 1 de agosto de 2000 (*ob. cit.: Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Miranda (APRUM) vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda*): “La democracia participativa no choca necesariamente con la democracia representativa, ni se excluyen, y dentro de un sistema Republicano necesariamente deben haber autoridades, Poderes Públicos que representen a los demás, y esa es la esencia misma de la República como tal; son estos entes representativos quienes van a establecer las normas para poder permitir la participación, porque toda participación debe estar sujeta a unas normas o a un principio de legalidad que establezca cuáles son los poderes de la Administración Pública y en qué manera los ciudadanos pueden hacerse parte de la actividad administrativa y la participación legítima a los órganos de representación republicanos, razón por la cual ambos tipos de democracia se complementan.” Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83 (julio-septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 394.

⁴³ Véase Brewer-Carías, Allan R. “La democracia representativa y la falacia de la llamada “democracia participativa, sin representación,” en Fernández Ruiz, Jorge (Coordinador), *Estudios de Derecho Electoral. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Facultad de Estudios Superiores Aragón, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, México 2011, pp. 25 a 36. Llegué a presumir que había sido en relación con este trabajo, que el profesor Francisco Palacios, Director de la Tesis “secreta” de Zaragoza de la magistrada Gutiérrez, escribió sus comentarios en el trabajo: Palacios Romeo, Francisco. “Falacias ideológicas y aporías técnicas sobre los nuevos procesos políticos de América Latina (en torno a un argumentario de Brewer Carías sobre el hecho social-participativo),” en *Actas Congreso Internacional América Latina: la autonomía de una región (XV Encuentro de latinoamericanistas españoles)*, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, 2012, pp. 615-622. Sin embargo, no fue así, y su reacción fue contra nuestras críticas expresadas, entre otros, en nuestro trabajo: “Introducción General al régimen del Poder Popular y del Estado Comunal. (O de cómo en el siglo XXI, en Venezuela se decreta, al margen de la Constitución, un Estado de Comunidades y de Consejos Comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado),” en el libro: Brewer-Carías, Allan R., Nikken, Claudia, Herrera Orellana, Alvarado Andrade, Luis A., Hernández, Jesús María, Hernández, José Ignacio y Vigilanza, Adriana, *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)*, Colección Textos Legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 9-183. Véase los comentarios más recientes en Sira Santana, Gabriel, *Poder Popular, descentralización y participación ciudadana*, Centro para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2018, pp. 102 ss.

Sin duda, los dos principios fundamentales de la democracia en el mundo contemporáneo son y seguirán siendo la representación y la participación, de manera que no puede haber democracia sin representación. Pero ante el discurso autoritario, deben tenerse claros los conceptos: Primero, la representación, si a algo se contrapone es a la democracia directa, por lo que la verdadera dicotomía que existe en este caso es entre “democracia representativa” o “democracia indirecta,” y “democracia directa.” Y segundo, la participación, a la vez, si a algo se contrapone no es a la representación, sino a la “exclusión” política, de manera que la verdadera dicotomía que en este plano surge es entre “democracia participativa” o de inclusión y “democracia de exclusión” o exclusionista.

Y esto es precisamente lo que se confunde deliberadamente cuando se habla de “democracia participativa” para supuestamente acabar con los vicios de la democracia representativa, cuando en ciertos casos, lo que se quiere es destacar la necesidad de introducir mecanismos de democracia directa; y en otros, confundiendo los conceptos para buscar la eliminación o minimización de la representatividad y establecer conforme a la receta populista una supuesta relación directa entre un líder mesiánico y el pueblo, a través de los mecanismos institucionales incluso paralelos a los propios órganos electos del Estado, dispuestos para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se está es sometiéndolo al control del poder central, como ha ocurrido en Venezuela con todo el entramado del Estado del Poder Popular y los Consejos Comunales.⁴⁴

En cuanto a la democracia representativa o democracia indirecta, como indicamos, esta es y seguirá siendo de la esencia de la democracia, de manera que no hay democracia sin representación, y en particular, sin órganos representativos como son los Congresos o parlamentos electos mediante sufragio universal, secreto y directo. Su sustitución es esencialmente imposible si de democracia se trata, sin perjuicio de que la representatividad afortunadamente se haya venido enriqueciendo en muchos países en las últimas décadas, precisamente con la introducción de mecanismos de democracia directa que la complementan, pero que jamás podrán sustituirla.⁴⁵

En otras palabras, no puede existir en el mundo contemporáneo una democracia que sea sólo refrendaria, plebiscitaria o de cabildos abiertos permanentes; a pesar de que en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos se hayan incorporado mecanismos de consultas populares y de asambleas de ciudadanos con el objeto de complementar la representatividad, como son los diversos referendos (consultivos, aprobatorios, decisorios, abrogatorios, autorizatorios y revocatorios); al igual que las iniciativas populares. Ello, sin duda, ha contribuido, en algunos casos, a la movilización popular y a la relativa manifestación directa de voluntad o sentir del pueblo; pero es

⁴⁴ Véase Brewer-Carías, Allan R. “El populismo constitucional y el “nuevo constitucionalismo”.” O de cómo se destruye una democracia desde dentro,” en e libro de Cassagne, Juan Carlos y Brewer-Carías, Allan R. *Estado Populista y Populismo Constitucional*, Ediciones Olejnik, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 121 ss.

⁴⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R. “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Bogotá, 31 agosto-1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482.

claro que esos mecanismos no pueden sustituir a la democracia conducida por representantes electos mediante sufragio, y mucho menos convertirse en instrumentos de gobierno.

El reto, en este punto, para contribuir a la consolidación del Estado democrático de derecho, es asegurar que dichos representantes sean realmente representativos de las sociedades y sus comunidades, y sean elegidos en sistemas de sufragio directo, universal y secreto donde impere el pluralismo político, y a través de procesos electorales transparentes que aseguren el acceso al poder con sujeción al Estado de derecho, en los cuales no puede prescindirse de los partidos políticos, aunque por supuesto, sea indispensablemente renovados.

De todo lo anterior resulta, por otra parte, que, en el mundo contemporáneo, como esencia del Estado de derecho, además del derecho a la Constitución y su supremacía, también se puede identificar el derecho ciudadano a la democracia,⁴⁶ es decir, a que en el Estado Constitucional el pueblo y los ciudadanos gobiernen a través de sus representantes, sometidos a control. La consecuencia de esta aproximación, por supuesto, es que los derechos políticos han comenzado a dejar de estar reducidos a los que generalmente se habían enumerado expresa y aisladamente en las Constituciones, como ha sido el caso de los derechos al sufragio, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos, y más recientemente, a la participación política en forma directa; pudiéndose identificar, además, un derecho a la democracia que los comprende a todos.

Este derecho a la democracia, exige el funcionamiento de un régimen político en el cual se garanticen los *elementos esenciales* de la misma, que son, tal como por ejemplo fueron enumerados por la *Carta Democrática Interamericana* de la Organización de Estados Americanos en 2001, además del respeto al conjunto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, los siguientes: 1) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 2) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 3) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 4) la separación e independencia de los poderes públicos (Art. 3).

En cualquier democracia, por tanto, puede decirse que el ciudadano tiene derecho a que se garanticen todos esos elementos esenciales, los cuales incluso, en muchas Constituciones se han configurado como alguno de los mencionados derechos políticos individualizados, como es el caso del derecho a ejercer funciones públicas, del derecho al sufragio, o del derecho de asociación en partidos políticos. Sin embargo, considerados en su conjunto, y destacándose en particular entre ellos el relativo a la separación de

⁴⁶ Véase Brewer-Carías, Allan R. "Prólogo: Sobre el derecho a la democracia y el control del poder", al libro de Aguiar, Asdrúbal, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, 19 ss.; "Sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: del reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia", en *VNIVERSITAS, Revista de Ciencias Jurídicas (Homenaje a Luis Carlos Galán Sarmiento)*, Pontificia Universidad Javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas, N° 119, Bogotá 2009, pp. 93-111; "Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia," en Sergio J. Cuarezma Terán y Rafael Luciano Pichardo (Directores), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua 2011, pp. 73-94.

poderes, se pueden configurar, globalmente, como integrando un “derecho a la democracia” que está destinado a garantizar el control efectivo del ejercicio del poder por parte de los gobernantes, y a través de ellos, del Estado.

Este derecho a la democracia, por supuesto, sólo puede configurarse en un Estado de derecho, no siendo concebible en los Estados con regímenes autoritarios donde, precisamente, los anteriormente mencionados elementos esenciales no pueden ser garantizados por la ausencia de controles respecto del ejercicio del poder, aun cuando pueda tratarse de Estados en los cuales, en fraude a la Constitución y a la propia democracia, los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

La democracia, por tanto, está indisolublemente ligada al control del poder, derivado de la separación de los diversos poderes del Estado que se estableció en todas las Constituciones que se formularon después de las revoluciones norteamericana y francesa, convirtiéndose además en otro de los pilares fundamentales del constitucionalismo moderno. Así, la propia democracia como régimen político está montada sobre el derecho ciudadano a controlar el poder para asegurar que quienes sean electos para gobernar y ejercer el poder estatal en representación del pueblo, no abusen del mismo. Por ello, desde la misma Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se estableció, con razón, que “toda sociedad en la cual no esté determinada la separación de los poderes carece de Constitución” (Art. 16).

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

Al igual que algunos de los antes mencionados elementos esenciales de la democracia, muchos de estos componentes fundamentales también se han configurado en las Constituciones como derechos ciudadanos individualizados, como es el caso, por ejemplo, el conjunto de derechos sociales y la libertad de expresión del pensamiento. Sin embargo, también considerados en su conjunto, junto con los elementos esenciales, estos componentes fundamentales de la democracia son los que permiten reafirmar la existencia del derecho ciudadano a la democracia, como derecho fundamental en sí mismo, lo que implica por sobre todo, la posibilidad ciudadana de controlar el ejercicio del poder.

Por ello es precisamente que en el mundo contemporáneo, la democracia no sólo se define como el gobierno del pueblo mediante representantes elegidos, es decir, donde se garantice el acceso al poder de acuerdo con sujeción al Estado de derecho, sino además y por sobre todo, como un gobierno sometido a controles, y no solo por parte del Poder mismo conforme al principio de la separación de los poderes del Estado, específicamente del Poder Judicial y del Juez Constitucional, sino por parte del pueblo mismo, es decir, de los ciudadanos, individual y colectivamente considerados, y precisamente a ello es que tienen derecho los ciudadanos cuando hablamos del derecho a la democracia.

Entre los componentes del derecho a la democracia, por tanto, está no sólo el derecho a la representación política, lo que implica que los gobernantes sean electos como resultado del ejercicio del derecho al sufragio, sino que el acceso al poder en cualquier caso se haga con arreglo a la Constitución y a las leyes, es decir, a los principios del Estado de derecho.

Esos derechos, en un Estado de derecho, deben ser garantizados por el Juez Constitucional quien es el llamado a asegurar no sólo que el ejercicio del poder por los gobernantes se realice de acuerdo con el texto de la Constitución y las leyes, sino que el acceso al poder se realice conforme a las previsiones establecidas en las mismas.

En particular, en el sistema democrático establecido en la Constitución, el Juez Constitucional es el que tiene que tener a su cargo el controlar que el acceso al poder se realice sólo mediante métodos democráticos, de manera que pueda tener competencia, por ejemplo, para controlar la constitucionalidad no sólo de la elección sino de la designación de gobernantes, e incluso del comportamiento de los partidos políticos, pudiendo proscribir, por ejemplo, aquellos partidos con fines no democráticos cuyo objetivo es precisamente destruir la democracia.

Por tanto, frente a violaciones constitucionales que signifiquen ruptura del hilo constitucional en el acceso y ejercicio del poder, por ejemplo, cuando mediante un golpe de Estado o un golpe a la Constitución se deponga al Presidente de la República, o cuando se asume un cargo de elección popular sin tener la legitimidad democrática derivada del sufragio para ello, el Juez Constitucional tiene que asumir el reto de restablecer el orden constitucional violado.

La garantía del derecho a la democracia, por tanto, significa que el Juez Constitucional es el que en última instancia debe velar porque el acceso al poder se realice por métodos democráticos, conforme a lo dispuesto en las constituciones en materia de representación y sufragio. En cambio, resultaría totalmente inconcebible que en un Estado democrático de derecho, sea el propio Juez Constitucional el que viole el principio democrático, y sea dicho Juez el que designe para ocupar un cargo de elección popular, a quien no ha sido electo por el pueblo. Ello sería un contrasentido y un atentado al Estado de derecho, particularmente porque el Juez Constitucional no es controlable por ningún otro órgano.

2. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Juan Alberto BERRÍOS ORTIGOZA*

Resumen: Este ensayo examina las bases del principio democrático previstas en la Constitución de 1999, así como el desarrollo de su interpretación judicial. Debido a que este desarrollo, liderado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha coadyuvado a la deriva autoritaria, es necesario revisar sus postulados. Ciertos tópicos ameritan atención: (i) el concepto de democracia participativa; (ii) la participación como principio y derecho; (iii) el alcance de la participación; (iv) la relación entre participación y representación; y (v) la idea de democracia participativa en el contexto del derecho interamericano de los derechos humanos. No solo el cuestionamiento de las desviaciones interpretativas relativas a estos tópicos sino la revisión de sus significados propios podrían ser una pauta que oriente las conversaciones en pro de un acuerdo constitucional sobre la democracia que sea deliberado y decidido por los venezolanos.

Palabras claves: principio democrático, democracia participativa, interpretación judicial, acuerdo constitucional.

Abstract: This essay examines the bases of the principle of democracy provided in the 1999 Constitution, as well as the development of its judicial interpretation. Because this development –led by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice– has contributed to the authoritarian drift, it is necessary to review its postulates. Some topics deserve attention: (i) the concept of participatory democracy; (ii) participation as a principle and right; (iii) the scope of participation; (iv) the relationship between participation and representation; and (v) the idea of participatory democracy in the context of inter-American human rights law. Questioning the interpretative deviations on these topics and reviewing their own meanings could be a guideline to lead the conversations for a constitutional agreement on democracy deliberate and decided by Venezuelans.

Key words: principle of democracy, participatory democracy, judicial interpretation, constitutional agreement.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El principio democrático es un elemento fundamental del ordenamiento constitucional venezolano. Es el elemento que define y rige la estructura política prevista en la Constitución. Todas las manifestaciones del poder político deben atender al principio democrático. Este principio es canon deontológico para la soberanía popular, rigiendo sus procedimientos decisorios y resultados, incluso en caso de instaurarse un nuevo tex-

* Profesor asociado de Derecho Constitucional, Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público *Dr. Humberto J. La Roche*, Universidad del Zulia (LUZ), Maracaibo, Venezuela. Abogado (LUZ), Magister Scientiarum en Ciencia Política y Derecho Público (mención Ciencia Política) (LUZ), Doctor en Derecho (UNED, España). Correo electrónico: jaberriosortigoza@fcjp.luz.edu.ve.

to constitucional (*ex* artículo 350 de la Constitución). En general, las decisiones políticas, aun como expresiones directas de la soberanía popular, no deben transgredir ciertos límites, entre otros, el respeto por la dignidad humana. En específico, hay cuestiones indecidibles¹: por ello, no pueden someterse a referendo abrogatorio leyes de amnistía, o aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos (*ex* artículo 74 de la Constitución).

En un sentido más amplio el principio democrático rige, también, las relaciones económicas y sociales, de modo que la democracia deba ser una práctica cotidiana en todos los ámbitos de la vida pública². Como práctica implica hábitos que fomenten el reconocimiento de la otredad, la confianza para dialogar, deliberar, transar, y acordar decisiones, en procura de la convivencia y la integración de los diversos como experiencias que concretan el pluralismo.

El contenido del principio democrático se expresa en el concepto constitucional de democracia –que no ha sido implementado sino erosionado–. En este ensayo se exploran las oportunidades de este concepto, con referencias al texto constitucional y las interpretaciones judiciales que han sido desarrolladas en las últimas dos décadas, con el ánimo de propiciar conversaciones –en revisión del primero y en cuestionamiento de las segundas– sobre los desafíos de la democracia venezolana.

II. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA

La democracia como tradición republicana: breve referencia histórica

El término *democrático* es mencionado en la Constitución de 1857, cuyo artículo 5 establecía que “[e]l Gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, democrático, bajo la forma representativa, con responsabilidad y alternación de todos los funcionarios públicos.”³ En lo sucesivo, esta cláusula se reprodujo, manteniendo el término como uno de los caracteres del gobierno, en los textos constitucionales de 1901⁴, 1904⁵, 1909⁶,

¹ Sobre el concepto de la esfera de lo indecidible revisar Ferrajoli, L. *Democracia y garantismo*. Trotta, Madrid 2008, p. 31.

² En relación con esta idea es preciso revisar varios artículos de Uslar Pietri, A. 2006. “La enseñanza de la democracia”, 27 de abril de 1949 (pp. 42-43); “La democracia negada a la América latina”, 11 de septiembre de 1966 (p. 142); “La América latina posible”, 23 de abril de 1967 (pp. 147-148); “El desafío de la libertad”, 3 de diciembre de 1967 (pp. 155-157); “La libertad, Sancho”, 16 de marzo de 1975 (pp. 223); “La América latina y la democracia”, 5 de febrero de 1989 (pp. 365-367). En *Pizarro: Antología 1948-1998*. Caracas. Editorial CEC.

³ La formulación original de esta cláusula se encuentra en el artículo 6 de la Constitución de 1830: “[e]l Gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo.”

⁴ Artículo 26: “El Gobierno de la Unión es y será siempre republicano, democrático, electivo, federal, representativo, alternativo y responsable.”

⁵ Artículo 26: “El Gobierno de la Unión es y será siempre republicano federal, democrático, electivo, representativo, alternativo y responsable.”

⁶ Artículo 2: “La Nación venezolana es para siempre e irrevocablemente libre e independiente de toda potencia o denominación extranjera; y en ningún caso y por ningún acto podrá autoridad, Congreso o poder alguno, cambiar la forma de Gobierno, que es y será siempre republicano, federal, democrático, electivo, representativo, alternativo y responsable.”

1922⁷, 1925⁸, 1929, 1931, 1936, y 1945. No obstante esta mención desde 1857, la democracia, como experiencia política, no se desarrolló sino hasta mediados del siglo XX⁹.

Una primera referencia a la democracia como principio que debía fundamentar el ordenamiento constitucional consta en el Decreto número 1 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, de 20 de octubre de 1945¹⁰, cuyo artículo 4 dispuso que “[l]a Junta Revolucionaria de los EE.UU. de Venezuela dictará un decreto-ley de elecciones de constituyentes para fijar el procedimiento mediante el cual realizará una constituyente nacional que tendrá por finalidad dar a Venezuela una Constitución realmente democrática.”

Con posterioridad, el Decreto número 217 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, de 15 de marzo de 1946¹¹, estableció una serie de derechos políticos y sus garantías. En el considerando inicial de este decreto se planteó que uno de los objetivos fundamentales del proceso político que inició el 18 de octubre de 1945 fue integrar una asamblea constituyente “mediante la consulta verdaderamente amplia, libre y honesta al pueblo venezolano”, “llamada a dotar a la República de una Carta Fundamental que contenga los modernos principios de la democracia, el derecho y la justicia social y corresponda así adecuadamente a las necesidades históricas de la Nación”. En atención a esta concepción política, el artículo 1 del Decreto previó garantías al sufragio universal, así como a las libertades personal, de pensamiento, reunión, tránsito y petición, la seguridad individual, y a la inviolabilidad de la correspondencia y del hogar doméstico. El artículo 2 señaló, además, que “[l]a enunciación de derechos políticos que antecede no debe entenderse como una negación de todos los otros que corresponden a los venezolanos en su condición de hombres libres y dignos y que no le habían sido ni suspendidos ni limitados.”

En la declaración preliminar de la Constitución de 1947¹² se proclamó “la sustentación de la Democracia, como único e irrenunciable sistema de gobernar su conducta interior, y la colaboración pacífica en el designio de auspiciar ese mismo sistema en el gobierno y las relaciones de todos los pueblos de la tierra.” En el artículo 54 se destacó

⁷ Artículo 9: “La Nación venezolana es para siempre e irrevocablemente libre e independiente de toda potencia o dominación extranjera, y en ningún caso y por ningún acto podrá Autoridad, Congreso o Poder alguno cambiar la forma de Gobierno, que es y será siempre republicano, federal, democrático, electivo, representativo, responsable y alternativo.”

⁸ Se trata del artículo 13, cuyo número y texto es idéntico en las constituciones de 1925, 1929, 1931, 1936, y 1945: “El Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela y el de cada uno de los Estados de la Unión es y será siempre republicano, federal, democrático, electivo, representativo, responsable y alternativo.”

⁹ Un resumen de la historia constitucional del país puede consultarse en Brewer-Carías, A. R. *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional N° 1 de 2009*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, pp. 11-44.

¹⁰ Junta Revolucionaria de Gobierno *Decreto número 1*. En Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, número 21.841, 23 de octubre de 1945. El texto del decreto puede consultarse en Fundación Rómulo Betancourt. *Rómulo Betancourt - Antología política. Volumen cuarto (1945-1948)*. Fundación Rómulo Betancourt, Caracas 2006, p. 105.

¹¹ El texto del decreto puede consultarse en Fundación Rómulo Betancourt. 2006. *Rómulo Betancourt - Antología política. Volumen cuarto (1945-1948)*. Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, pp. 168-171.

¹² Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela. *Constitución Nacional*. En Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, número 194 extraordinario, 30 de julio de 1947.

la idea de la educación para la democracia, ordenando que “[l]a educación nacional será organizada como un proceso integral, correlacionado en sus diversos ciclos, y estará orientada a lograr el desarrollo armonioso de la personalidad humana, a formar ciudadanos aptos para la vida y para el ejercicio de la democracia, a fomentar la cultura de la Nación y a desarrollar el espíritu de solidaridad humana.”

La Constitución de 1961¹³, en su preámbulo, reiteró, entre los propósitos constitucionales, el de “sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos, y favorecer pacíficamente su extensión a todos los pueblos de la tierra”. Además, precisó otros ámbitos de desarrollo para el principio democrático. Así, en el artículo 3 se estableció que “[e]l gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, responsable y alternativo”. Al respecto, se contempló, en específico, que la organización municipal debía ser democrática (artículo 27).

En el mismo sentido del artículo 54 de la Constitución de 1947, el artículo 80 de la Constitución de 1961 planteó la educación para la democracia: “[l]a educación tendrá como finalidad el pleno desarrollo de la personalidad, la formación de ciudadanos aptos para la vida y para el ejercicio de la democracia, el fomento de la cultura y el desarrollo del espíritu de solidaridad humana”.

El término democrático fue resaltado en la definición del derecho a la asociación política: “[t]odos los venezolanos aptos para el voto tienen el derecho de asociarse en partidos políticos para participar, por métodos democráticos, en la orientación de la política nacional.” En consideración a ello, “[e]l legislador reglamentará la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático y garantizar su igualdad ante la ley” (artículo 114).

Otra mención expresa de la democracia se señaló en el artículo 132, que define el rol y los fines de las Fuerzas Armadas Nacionales, estipulándose que “forman una institución apolítica, obediente y no deliberante, organizada por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación. Las Fuerzas Armadas Nacionales estarán al servicio de la República, y en ningún caso al de una persona o parcialidad política” (artículo 132).

Como se observa, la democracia como ideal republicano no fue un canon constitucional hasta 1947. Desde entonces, ha sido asumida como principio del orden constitucional, y así consta en la Constitución de 1999. La actual reivindicación de la democracia ante el quebrantamiento de esta constitución demuestra su vigencia como carácter irrenunciable del gobierno republicano que ha decidido darse el pueblo venezolano.

El concepto constitucional de democracia en la Constitución de 1999

Las referencias expresas a la democracia son constantes en el texto constitucional de 1999, y corresponden a diversidad de ámbitos.

¹³ Congreso de la República. *Constitución – Enmiendas N° 1 y N° 2 de la Constitución – Disposiciones Transitorias de la Constitución*. En Gaceta Oficial de la República de Venezuela, número 3.357 extraordinario, 2 de marzo de 1984.

En el preámbulo destaca la referencia al propósito popular de establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural.

El título primero sobre principios fundamentales postula el concepto constitucional de Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2); el ejercicio democrático de la voluntad popular como uno de los fines del Estado (artículo 3); y el carácter democrático, participativo electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables del gobierno de la República y sus entidades políticas (artículos 6 y 18).

El título tercero, contentivo de los derechos humanos y sus garantías, hace énfasis en la democracia como instrumento-contexto para propender a su realización: el derecho de todos los ciudadanos de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección (artículo 67); la regulación de las campañas políticas y electorales, su duración y límite de gastos con el fin de propender a su democratización (artículo 67); la alternabilidad de los integrantes de las directivas y representantes de las organizaciones sindicales mediante el sufragio universal, directo y secreto, como elemento de la democracia sindical (artículo 95); el carácter democrático, gratuito y obligatorio de la educación como derecho humano y deber social, fundamentada en el respeto de todas las corrientes de pensamiento con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social (artículo 102); y la promoción y la defensa de los derechos humanos, en tanto deber de toda persona, como fundamento de la convivencia democrática y la paz social (artículo 132).

En los títulos cuarto y quinto que regulan el poder público también son constantes las menciones expresas a la democracia como canon de las relaciones políticas: el derecho de acceso a la información pública sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada (artículo 143); la obligación de la República de defender la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales (artículo 152), en aras de la democratización de la sociedad internacional (preámbulo); el mandato de que la descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales (artículo 158); el carácter democrático de la organización municipal (artículos 169 y 171); el cargo que tienen los órganos de la rama ciudadana de promover, entre otros valores, la democracia (artículo 274); y, en específico, el Consejo Moral Republicano tiene el deber de promover todas aquellas actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de la Constitución, 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 (artículo 278).

El título sexto apuntala la democracia como uno de los principios en que se fundamenta el régimen socioeconómico, así como la promoción del desarrollo armónico de la economía nacional orientado mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta (artículo 299). La democracia también aparece señalada en el título séptimo como uno de los principios a los que debe atender la seguridad de la nación (artículo 326).

En suma, de conformidad con el artículo 350, que plantea los límites materiales en caso de instauración de una nueva constitución, 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 contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

Estas referencias sistemáticas sobre la democracia demuestran no solo su relevancia tópica en el discurso constitucional. La cláusula de Estado democrático, como elemento estructural del concepto constitucional de Estado previsto en el artículo 2, se desarrolla, entre otros valores y principios, desde la democracia como valor superior del ordenamiento jurídico, el principio de soberanía popular, los principios relativos al gobierno, los derechos políticos, la participación como principio y como derecho, los medios de participación en los espacios político, económico y social, y en la descentralización como estrategia para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales. Asimismo, se insiste, la democracia, en tanto principio, es orientadora del ordenamiento constitucional, y condiciona la legitimidad y validez de todo acto o hecho significativo para este ordenamiento.

III. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA (DESDE 2000)¹⁴

El desarrollo de la interpretación judicial del concepto constitucional de democracia evidencia el tránsito de Venezuela hacia el autoritarismo. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido un agente protagónico en esta transición al establecer argumentos y decisiones restrictivas de la potencialidad constitucional del concepto. La concepción general de la Sala Constitucional sobre la democracia ha aludido al alcance de la democracia participativa, la relación entre la participación y la representación, la dualidad de la participación como principio y derecho constitucional, y además, se ha fundamentado en que la interpretación constitucional de los derechos políticos debe atender a la prevalencia de la tutela del interés colectivo sobre el interés particular. Es preciso conocer esta concepción –que compendia una suerte de postulados teóricos– para cuestionarla, advirtiendo sobre la urgencia –ya histórica– de sentar las bases de un acuerdo constitucional sobre la democracia que sea deliberado y decidido por los venezolanos.

En consideración a lo anterior, ciertos tópicos ameritan particular atención: (i) el concepto de democracia participativa, que plantea como presupuestos las ideas de libertad, igualdad y participación; (ii) las interpretaciones de la participación como principio y como derecho; (iii) el alcance de la participación, que ha oscilado en las últimas dos décadas –a conveniencia de intereses partidistas– entre los términos de una participación no decisiva y como parámetro interpretativo del derecho constitucional; (iv) los pesos especí-

¹⁴ En este apartado se plantean algunas premisas básicas desarrolladas en Berríos Ortigoza, J.A. “El concepto constitucional de democracia y la judicialización de la política en Venezuela”. En *Cuestiones Políticas*, Vol. 29, N° 50 (enero-junio 2013). Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público, FCJP-LUZ, Maracaibo 2013, pp. 13-46; y con mayor extensión en Berríos Ortigoza, J.A. *Alcance político de la interpretación del concepto de democracia por la Sala Constitucional (2000-2013)*. Trabajo de grado para optar al título de Magíster Scientiarum en Ciencia Política y Derecho Público (mención Ciencia Política). Maracaibo 2013.

ficos de la participación y la representación política en el concepto constitucional de democracia; y (v) la idea de la democracia participativa en el contexto normativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela.

La concepción general de la Sala Constitucional sobre el Estado democrático

Como se ha observado, la cláusula de Estado democrático es una referencia constante en diversos artículos de la Constitución. Se trata de una cláusula de un concepto más complejo, el Estado democrático y social de derecho y de justicia, que ha sido calificado por la Sala Constitucional como “proyecto axiológico-político”, implicando la identificación de un orden normativo subyacente al texto constitucional (sentencia 1309/2001, de 19 de julio). Esta tesis ha supuesto la erosión del contenido del texto constitucional como parámetro: el parámetro es un orden axiológico-político, al que se atribuye valor jurídico, condicionando no solo la interpretación y validez del resto del ordenamiento jurídico sino, también, de las previsiones contenidas en el texto constitucional. En resumen, la constitución en sí no sería el texto sino un orden que ha sido identificado como síntesis axiológica-política fundamental¹⁵.

Atendiendo a estas premisas, la Sala Constitucional ha desarrollado su concepción sobre el principio democrático, así como lo ha hecho sobre otros tópicos constitucionales. En retrospectiva, la influencia del tribunal al desarrollar su concepción sobre estos tópicos ha sido fundamental no solo para allanar decisiones políticas en ciertas circunstancias, sino para configurar –de facto– el régimen de gobierno y, en definitiva, las relaciones entre el Estado y la ciudadanía. Las decisiones más relevantes en este sentido corresponden a la primera década de funcionamiento del tribunal, cuyos argumentos se han mantenido o reforzado durante la segunda, cuando han sido más evidentes los efectos contrarios al canon constitucional derivados de la reordenación –propiciada y/o legitimada por el tribunal– de las relaciones políticas.

En relación con el principio democrático destacan, entre los argumentos-hito de la primera década, los relativos a (i) el concepto constitucional del Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2 de la Constitución), interpretado en las sentencias 1309/2001, de 19 de julio; 85/2002, de 24 de enero; 23/2003, de 22 de enero; y 1939/2008, de 18 de diciembre; (ii) la democracia como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 2) y el principio de la soberanía popular (artículo 5), en la sentencia 23/2003, de 22 de enero; (iii) los principios sobre el gobierno (artículo 6), en las sentencias 1488/2006, de 28 de julio; 2413/2006, de 18 de diciembre; 1974/2007, de 23 de octubre; 700/2008, de 29 de abril; 49/2009, y 53/2009, de 3 de febrero; y 1326/2009, de 19 de octubre; (iv) la participación como principio y como derecho constitucional (artículos 62 y 70), en las sentencias 23/2003, de 22 de enero; 74/2006, de 25 de enero; 1265/2008, de 5 de agosto; y 1266/2008, de 6 de agosto; y (v) la descentralización como política nacional orientada a la profundización de la democracia (artículo 158) en la sentencia 565/2008, de 15 de abril.

¹⁵ Sobre el modelo axiológico de la constitución como orden, ver Comanducci, P. “Modelos e interpretación de la constitución”. En Carbonell, M. (editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta, Madrid 2007, pp. 41-67.

No obstante lo advertido, las ideas básicas de la Sala sobre la cláusula de Estado democrático y la apuesta constitucional por una democracia participativa no serían cuestionables.

En criterio del tribunal, considerando la intención constituyente expuesta en el preámbulo de “refundar la República” para establecer “una sociedad democrática, participativa y protagónica”, la cláusula de Estado democrático involucra no solo que el Estado tenga la obligación de adoptar y someterse a la forma y principios de la democracia, sino también que la sociedad venezolana deba desempeñar un rol decisivo y responsable en la gestión de los asuntos públicos (sentencia 23/2003, de 22 de enero)¹⁶.

Ello fomentaría un escenario de correlaciones entre el Estado y la ciudadanía con la intención de superar situaciones de déficit de gobernabilidad, previéndose necesaria la participación ciudadana en los procesos de formación, ejecución y control de las políticas públicas. En este sentido, la cláusula de Estado democrático, “[...] concibe a la gestión pública y la preservación y fomento del bien común como un proceso en el cual se establece una comunicación permanente entre gobernantes y ciudadanos, entre los representantes y sus representados, lo cual implica una modificación radical [...] en la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en la que se devuelve a esta última su legítimo e innegable protagonismo, a través del ejercicio de sus derechos políticos fundamentales” (sentencia 23/2003, de 22 de enero)¹⁷. En correspondencia con este argumento, la Sala Constitucional identificó “una clara tendencia hacia el fortalecimiento de los medios democráticos de participación ciudadana” (sentencia 49/2009, de 3 de febrero)¹⁸.

El planteamiento general de la Sala Constitucional sobre la cláusula de Estado democrático se resume, entonces, en sostener que el “proyecto axiológico-político” asume la democracia participativa como forma particular de gobierno, con el ánimo de ampliar y potenciar los medios de incidencia ciudadana en las decisiones de interés público, y de esta forma asegurar mejores condiciones políticas, económicas y sociales¹⁹. Sin embargo, como ya se advirtió, la premisa de concebir la Constitución como orden axiológico-político desvió la reordenación de las relaciones políticas, favoreciendo la configuración de un régimen de gobierno sin protagonismo ciudadano.

La concepción particular de la Sala Constitucional sobre la democracia participativa

La categoría *democracia participativa* no se encuentra prevista de forma literal en el texto constitucional, sino que es resultado de interpretar la idea de la participación como una constante asociada a la democracia como forma constitucional de gobierno²⁰.

¹⁶ Cfr. Berríos Ortigoza, J.A. “El concepto constitucional de democracia y la judicialización de la política en Venezuela”. En *Cuestiones Políticas*, Vol. 29, N° 50 (enero-junio 2013). Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público, FCJP-LUZ, Maracaibo 2013, p. 18.

¹⁷ Cfr. *idem*.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 19.

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 18-19.

²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 19.

La participación instrumenta el principio democrático, requiriendo un contexto de respeto, garantía y protección de la libertad y la igualdad, en reconocimiento de la diversidad y el pluralismo, no excluyente (artículos 2 y 6 de la Constitución). Al decir de Bobbio²¹, “la libertad de disenso tiene necesidad de una sociedad pluralista, una sociedad pluralista permite una mayor distribución de poder, una mayor distribución de poder abre las puertas a la democratización de la sociedad civil y, por último, la democratización de la sociedad civil amplía e integra la democracia política”.

En correspondencia, la democracia participativa es fundamental para la realización de los principios de igualdad y libertad: no hay verdadera igualdad entre los ciudadanos si no hay respeto, garantía o protección de su libertad para participar en los asuntos públicos, pero tampoco existe verdadera libertad si los ciudadanos no tienen derecho a participar en igualdad de condiciones²². Este axioma es transversal a toda la estructura constitucional y potencia su propósito de asegurar la preeminencia de los derechos humanos, supeditando como fines del Estado “la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en [la] Constitución” (artículo 3 de la Constitución).

La democracia participativa no solo se refiere a *lo político*. Este concepto extiende los valores y principios democráticos a todos los ámbitos de decisión de relevancia social, porque se trata de una forma de gobierno de inclusión política, económica y social, realizable a través de diversidad de mecanismos (artículo 70 de la Constitución)²³. Estos mecanismos (elección de cargos públicos, revocatoria de mandatos, consultas, referendos, asambleas, gestiones económicas comunitaria y cooperativa, entre otros) integran elementos de los conceptos de democracia representativa y democracia directa, con el propósito de que la participación ciudadana, como modo de vida, incida de forma influyente y decisiva en los asuntos públicos, y en particular, en la formulación, ejecución y control de las políticas públicas que definen la acción de gobierno²⁴.

En estos términos, la democracia participativa comporta un gobierno de la mayoría con sujeción a ciertas reglas fundamentales que procuran la deliberación y el acuerdo, con base en los principios de igualdad y libertad, contraponiéndose a la idea de dominación absoluta de unos sobre otros. La falta de igualdad y de libertad en la sociedad ha atentado durante toda la historia contra la vigencia de la democracia como forma de gobierno. Sin igualdad ni libertad no se garantizaría el pluralismo, elemento necesario de la democracia. Sin igualdad ni libertad el régimen de gobierno tampoco sería justo.

²¹ Bobbio, N. *El futuro de la Democracia*. Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México 2000, pp. 49-50.

²² Cfr. Berríos Ortigoza, J. A. *Alcance político de la interpretación del concepto de democracia por la Sala Constitucional (2000-2013)*. Trabajo de grado para optar al título de Magister Scientiarum en Ciencia Política y Derecho Público (mención Ciencia Política). Maracaibo 2013, p. 32.

²³ Cfr. *ibidem*, p. 33. El desarrollo de esta definición se puede consultar, también, en Casal, J.M. (en colaboración con Berríos Ortigoza, J. A.). “Estado de Derecho”. En Instituto para las Transiciones Integrales (IFIT) (dirección editorial). *Elementos de una transición integral e incluyente en Venezuela: una visión desde lo local*, 2020, p. 228.

²⁴ Cfr. *idem*.

Tanto la desigualdad como el déficit o la negación de libertades han sido la causa de la crisis y el posterior quebrantamiento de la democracia venezolana.

La libertad como presupuesto de la democracia participativa no ha sido destacada por la Sala Constitucional –salvo en ciertas decisiones con sesgo partidista, como la sentencia 74/2006, de 25 de enero–, tampoco el valor de la democracia participativa para realizar la libertad. El tribunal sí hizo énfasis en la calidad de la participación desde la perspectiva del principio de igualdad, aseverando que “[...] la democracia participativa como decisión fundamental plasmada en nuestra Constitución [...] propone [...] una igual participación en un doble sentido: 1) que cada quien tenga igual oportunidad de llevar al orden del día de las decisiones colectivas los problemas que para él son importantes; 2) que cada quien tenga igual oportunidad de ver atendidos sus puntos de vista en los resultados de las decisiones colectivas” (sentencia 49/2009, de 3 de febrero)²⁵.

De acuerdo a este criterio nodal, la participación sería entendida como un concurso de voluntades en igualdad de condiciones, reconociéndose, además, cierto carácter decisivo. La participación, según esta premisa, sería tanto un principio como un derecho. También, conlleva a distinguir la participación de la representación política para darle sentido a la idea de la democracia participativa como un concepto diverso al modelo de la democracia representativa. Sin embargo, no se trata de modelos antagónicos, como se ha pretendido argumentar desde ciertas corrientes partidistas, pues el concepto de democracia participativa diseñado en la Constitución no excluye la representación política. Antes bien, prevé instrumentos de rendición de cuentas para asegurar que tal representación política responda a los intereses de la ciudadanía.

Las interpretaciones de la participación como principio y como derecho

Como principio, la participación es transversal al sistema de derechos, y en consecuencia, según la Sala Constitucional, “influye en otros derechos políticos establecidos en la [Constitución], como los derechos al sufragio (artículo 63), de petición (artículo 51), de acceso a cargos públicos (artículo 62), de asociación política (artículo 67), de manifestación (artículo 68), y a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública (artículo 143), así como también opera en derechos sociales, como el derecho a la salud (cf. Artículo 84); derechos educativos (cf. Artículo 102) y derechos ambientales (cf. Artículo 127, primer aparte)” (sentencia 23/2003, de 22 de enero).

En criterio de la Sala, la participación como principio “es una consecuencia del redimensionamiento del concepto de soberanía y atiende al modelo de Estado Social, superación histórica del Estado Liberal, el cual se fundamenta, a diferencia de este último, en la interpenetración entre el Estado y la sociedad [...]” (sentencia 23/2003, de 22 de enero). Es así como el tribunal ha identificado la participación con una concepción particular del Estado, y justifica su valor para el “proyecto axiológico-político” constitucional –el Estado democrático y social de derecho y de justicia– desvinculándose del

²⁵ Cfr. Berríos Ortigoza, J.A. “El concepto constitucional de democracia y la judicialización de la política en Venezuela”. En *Cuestiones Políticas*, Vol. 29, N° 50 (enero-junio 2013). Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público, FCJP-LUZ, Maracaibo 2013, p. 19.

concepto ideológico de Estado liberal. Este hilo argumentativo, por sus implicaciones teóricas y prácticas en la idea de la participación como derecho, resulta cuestionable.

La Sala Constitucional ha entendido que la participación es un “derecho fundamental” (artículo 62 de la Constitución) “[que] puede ser objeto de tutela judicial en caso de violación o amenaza –provenga del Estado o de particulares– en su ejercicio”. Pero, en específico, la Sala sostiene que el derecho a participar “[s]e trata de un derecho político [...] pues considera al individuo en tanto que miembro de una comunidad política determinada, con miras a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas. Se trata, pues, de un derecho del ciudadano ‘en el Estado’, diferente de los derechos de libertad ‘frente al Estado’ y de los derechos sociales y prestacionales [...]” (sentencia 23/2003, de 22 de enero).

Este alegato guarda sintonía con la aludida concepción ideológica que pretende interpretar la participación en función del “proyecto axiológico-político” que la Sala ha identificado y reivindicado como orden constitucional, con el propósito de minimizar la relevancia de la libertad. Al respecto, es preciso contestar que la esencia política del derecho a participar no contradice sino que potencia su carácter de libertad, tanto en su dimensión individual como colectiva. La Constitución, como ya se ha advertido, sienta sus bases en la libertad y la igualdad, que orientan y ordenan la forma democrática de gobierno. El texto del artículo 62 así lo define:

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.

El alcance de la participación: entre la participación no decisiva y la participación como parámetro interpretativo del derecho constitucional

Las referencias sobre el alcance de la participación han oscilado entre alegar su cualidad no decisiva y su calificación como parámetro interpretativo del derecho constitucional. En un primer momento, la Sala Constitucional, en la sentencia 23/2003, de 22 de enero, sostuvo que “[s]i bien, participar en los asuntos públicos no es igual a decidir en los mismos, implica, necesariamente, la apertura de cauces democráticos con el objeto de que la ciudadanía, activa y responsablemente, intervenga y exponga sus diversas opiniones sobre las materias de especial trascendencia”²⁶.

Cabe destacar que en esta sentencia 23/2003, la Sala estableció que el referendo consultivo al que se refiere el artículo 71 de la Constitución 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.” En definitiva, según la Sala, el carácter decisivo de la par-

²⁶ Cfr. *idem*.

participación dependería del método que se utilice para expresar la voluntad política, pero, entonces, ¿cómo justificar el sentido político de la participación si no es capaz de condicionar la acción de gobierno?

No obstante lo anterior, en un segundo momento, el tribunal afirmó que la participación, como principio del Estado democrático, es un parámetro interpretativo que implica –además de interpretar el orden jurídico en función de favorecer el ejercicio del derecho a participar– reconocer la incidencia de las decisiones resultantes de la participación en la totalidad de ese orden (sentencia 1326/2009, de 19 de octubre)²⁷:

[...] [E]l ordenamiento jurídico constitucional se fundamenta en un conjunto de principios que constituyen sus cimientos, posibilitando no sólo un coherente desarrollo normativo –leyes, reglamentos, actos administrativos–, sino además permitiendo determinar el sentido real de las normas constitucionales, ya que son la esencia misma del sistema jurídico. Con base a ello, esta Sala ha fijado en algunos casos que normas bajo el examen jurisdiccional, no admiten interpretaciones gramaticales ya que las mismas no son las jurídicamente posibles –en la medida que contrariarían el sistema de principios constitucionales–; por ello, incluso si la norma plantea una solución que no se corresponda con la esencia axiológica del régimen estatutario aplicable, la interpretación contraria a la disposición normativa será la correcta, en la medida que es la exigida por el Derecho Constitucional, en su verdadera y más estricta esencia.

[...] Al instituirse el principio de participación como un parámetro interpretativo, ello comporta a cargo del juez un imperativo de carácter bifronte, que se materializa por una parte en la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico en orden a favorecer el ejercicio del derecho a participación y, por la otra, en asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de participar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación.

Esto significa que el resultado de la participación ciudadana –a pesar del limitado alcance que la Sala Constitucional le dio en la sentencia 23/2003–, como manifestación política del desarrollo del orden constitucional, afecta en lo sucesivo la interpretación de éste:

[...] [A] sostener la Sala que el juez debe asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de participar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación, no afirma un nuevo sistema jerárquico de las fuentes normativas que responda a su origen o formación –así una ley aprobada por la Asamblea Nacional conforme al procedimiento para la formación de las leyes y una producto de la iniciativa popular aprobada mediante referendo aprobatorio, tiene el mismo rango y valor que los actos que en ejecución directa de la Constitución comparten la misma naturaleza jurídica–, pero lo que sí conlleva, es que las normas constitucionales que se producen como consecuencia de un proceso de enmienda o reforma constitucional al ser consecuencia directa del ejercicio de la soberanía o del poder constituyente sobre la materia objeto de revisión, responden a un nuevo orden y visión de la sociedad sobre tales materias, lo cual conlleva a una necesaria contextualización de las modificaciones normativas en el sistema jurídico constitucional y legal preexistente.

²⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 19-20.

Lo cuestionable de este criterio de la Sala es el hecho de que la enmienda y la reforma del texto de la Constitución, de conformidad con los artículos 340 y 342, para que sean válidas, no deben alterar ni sus principios ni su estructura fundamental. Esto significa que ni la enmienda ni la reforma al texto constitucional tienen el alcance de establecer un nuevo orden sobre lo que resulte modificado como consecuencia de la participación ciudadana en el referendo aprobatorio, como lo pretende sostener la Sala Constitucional. Sin embargo, la tesis del tribunal apunta, como ya se observó, a una concepción axiológica de la constitución como orden, cuyo desarrollo incide en la interpretación del texto constitucional y la totalidad del derecho. Se trataría, entonces, de un desarrollo que se manifestaría –como sostuvo en la sentencia 1309/2001, de 19 de julio– según una perspectiva política *in fieri*, incluso a través de las aprobaciones mediante referendo popular de enmiendas y reformas al texto constitucional. En esta sentencia, la Sala apuntó que:

[...] no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde este punto de vista habrá que negar cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*) [normas constitucionales inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse *ohne Naturrecht* (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° *eiusdem*.

Es así como, según esta tesis, la voluntad popular expresada en la aprobación de enmiendas o reformas al texto constitucional es una manifestación del desarrollo del orden constitucional que, en consecuencia, incidiría en la totalidad del derecho positivo.

La relación entre la participación y la representación política en el concepto constitucional de democracia participativa

Como se ha anotado, desde ciertas corrientes partidistas se ha pretendido argumentar que los principios de participación y representación son excluyentes. En un sentido contrario, la Sala Constitucional, en la sentencia 23/2003, de 22 de enero, planteó la complementariedad de estos principios como característica propia de la democracia participativa –que la distinguía del concepto de democracia previsto en la Constitución de 1961–²⁸, sosteniendo lo siguiente:

[...] [L]a Constitución de 1999 [...] funda las bases axiológicas e institucionales para profundizar la democracia en Venezuela, al completar las tradicionales formas e instancias representativas de los sistemas democráticos contemporáneos, con novedosos y efectivos mecanismos y medios de participación a través de los cuales los ciudadanos y ciudadanas pueden, en los distintos niveles político-territoriales, ser protagonistas en las actividades estatales y en la toma de decisiones para la gestión del interés público y

²⁸ Cfr. *ibidem*, p. 20.

el bien común, rompiendo con la “ilusión de participación” que se creó durante la vigencia de la Constitución de 1961, y que tantas veces conspiró contra la estabilidad del sistema democrático en nuestro país [...]

[...] La democracia, como forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por el pueblo, se vale de diversos métodos al objeto de la toma de las decisiones colectivas, los cuales no son exclusivos ni excluyentes, sino concurrentes.

En este orden de ideas, el sistema democrático, para la realización del principio de soberanía popular inherente a él, se vale de mecanismos en los cuales los ciudadanos expresan directamente su voluntad, así como de otros, en los que dicha voluntad es expresada a través de representantes [...]

[...] [L]a democracia participativa no se opone a la democracia representativa, por el contrario, aquélla no implica sino el perfeccionamiento o complemento de ésta, propia de las complejas y plurales sociedades contemporáneas asentadas en vasta extensiones de territorio, a través de la creación de distintos y eficaces medios de participación en lo político, en lo económico, en lo social, en lo cultural, etc., de tal manera que la responsabilidad de la conducción de la vida nacional, estatal o local, no sólo sea exclusiva de los representantes o de la Administración, sino también de todos quienes integran la comunidad política afectada por la regulación o decisión [...]

Dentro de dicha concepción de democracia, en la que los mecanismos directos y representativos son necesarios, el artículo 70 [de la Constitución] –a título enunciativo– establece algunos medios de participación política, como 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 “cuyas decisiones serán vinculantes”.

En la sentencia 49/2009, de 3 de febrero, la Sala Constitucional reiteró este criterio, sosteniendo que la representación política es un elemento del concepto de democracia participativa. Sin embargo, esta idea ha sido referida para desconocer el carácter decisivo de la ciudadanía, al alegarse –como en la decisión 23/2003, de 22 de enero– que los resultados de la participación expresada a través de ciertos métodos no vinculan a los funcionarios del Estado, en contradicción a lo previsto en el artículo 70 de la Constitución²⁹.

La democracia participativa en el contexto normativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela: ¿intereses colectivos vs. intereses particulares?

En la decisión 1309/2001, de 19 de julio, la Sala Constitucional al plantear su “teoría normativa de la interpretación” condicionó la relevancia del derecho internacional para la realización de la Constitución en los siguientes términos:

Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad

²⁹ Cfr. *idem*.

institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro [...]. Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta tesis interpretativa con perspectiva soberanista ha orientado sucesivas decisiones, entre otras, las relativas al concepto constitucional de democracia participativa. Sin embargo, en la sentencia 23/2003, de 22 de enero, el tribunal reivindicó la conformidad de los postulados contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos sobre la democracia con el concepto constitucional de democracia participativa³⁰ argumentando que:

[El] proceso de profundización de la cultura democrática del pueblo venezolano, vía proceso constituyente y Constitución, se ve [...] reforzado en sus propósitos por el marco jurídico internacional, suscrito y ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, en materia de derechos humanos, siendo ejemplo de ello lo dispuesto en los artículos 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrantes todos ellos del llamado bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el artículo 23 del Texto Fundamental. De tal manera que, como lo afirma la Carta Democrática Interamericana [...] el carácter participativo de la democracia en Venezuela en los diferentes ámbitos de la actividad pública tiende progresivamente a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en los distintos niveles político-territoriales en que se distribuye el Poder Público a lo largo y ancho de la República, y por ello mismo, si bien la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, ésta se refuerza y profundiza únicamente con la participación y protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía.

En otro contexto político mutó este criterio³¹. En la sentencia 1265/2008, de 5 de agosto, la Sala Constitucional, reiterando su planteamiento soberanista de la decisión 1309/2001, de 19 de julio, calificó el concepto de democracia previsto en la Conven-

³⁰ Cfr. *idem*.

³¹ Cfr. *idem*.

ción Americana de Derechos Humanos (CADH) para cuestionarlo y contrastarlo con el concepto constitucional de democracia participativa:

La [CADH] [...] es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal [...]

[En la CADH] no hay norma alguna sobre derechos sociales [...] ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.

[...] es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa [...] y las atribuciones expresamente atribuidas [...] a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos [...]; y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e “imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley” [...] En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos [...].

La contraposición que la Sala hace entre el “proyecto axiológico-político” constitucional y la CADH, se fundamenta en el argumento de la prevalencia de la tutela del interés colectivo ante el interés particular. Al respecto, cabe afirmar que la democracia participativa prevista en la Constitución no es incompatible con el concepto de “democracia liberal”, porque ésta denota un contenido ideológico que más bien se contrapondría a la idea de “democracia social”³². Por otra parte, si bien la concepción del Estado democrático y social de derecho y de justicia tendería a privilegiar a la sociedad en su conjunto, ello no autoriza todo tipo de restricciones a los derechos de las personas, incluyendo los derechos relativos a la participación política³³.

La democracia participativa prevista en la Constitución hace referencia, como ya se ha anotado, al establecimiento de un conjunto de medios y oportunidades para la participación, no sólo en el ámbito político³⁴, sino también en lo social y económico. Ello es cónsono con el postulado de la participación como principio contenido en la Carta Democrática Interamericana, que establece entre sus considerandos que “el carácter participativo de la democracia en nuestros países en los diferentes ámbitos de la actividad

³² Cfr. Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. 2011. “Escrito presentado por el Presidente y otros miembros de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, en calidad de *amicus curiae*, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso 12.688, Leopoldo López Mendoza contra la República Bolivariana de Venezuela)”. En Casal, J.M. (coordinador). *Defender la Constitución*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, p. 144.

³³ Cfr. *idem*.

³⁴ Cfr. *idem*.

pública contribuye a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en el Hemisferio.”³⁵

La interpretación de la Sala Constitucional sobre la incidencia de la prevalencia de la tutela del interés colectivo ante el interés particular, y su relación con el alcance de la protección de los derechos relativos a la participación política, se ratificó en la decisión 1266/2008, cuyo *thema decidendum* –la constitucionalidad de la inhabilitación para el ejercicio de la función pública dictada por el Contralor General de la República mediante acto administrativo– es similar al de la decisión 1265/2008:

[...] el sufragio pasivo, derecho que los accionantes alegan como lesionados por la norma impugnada, al constituir un derecho fundamental que trae consigo el cumplimiento de los fines estatales exige que el desempeño de funciones públicas esté rodeado de garantías suficientes que provean al ejercicio del derecho, sin injerencias negativas que antepongan los intereses particulares en desmedro de los de carácter general y de sus verdaderos objetivos; pero también implica que se articule en torno al derecho un régimen de inhabilitaciones, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con la fijación de reglas que determinen los requisitos y condiciones personales y profesionales necesarios para su acceso, a fin de que dicho ejercicio sea el resultado de decisiones objetivas acordes con la función de buen servicio a la colectividad que garanticen que el desempeño del cargo público por parte de la persona a quien se designa o elige, tenga como resultado un adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, en otras palabras, que se cumpla con la ética pública, la moral administrativa y la buena gestión del patrimonio público.

Este argumento en el que se sostiene que el interés colectivo debe prevalecer sobre el interés particular encuentra dos excepciones relevantes en la evolución del criterio interpretativo de la Sala. Uno es la decisión 74/2006, de 25 de enero, sobre la legitimidad de “las morochas” en la elección de los órganos legislativos:

Como corolario de lo expuesto, encuentra la Sala, luego de un profundo análisis del mecanismo que se cuestiona, que el mismo, en primer término, no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico. Al respecto, debe precisarse, que tal circunstancia se circunscribe dentro del ámbito del principio de “libertad”, o también denominado “de la autonomía de la voluntad”, ya que nos encontramos frente al ejercicio de derechos individuales –en este caso políticos– los cuales pueden y deben ser interpretados y ejercidos de la manera más amplia posible, en aras de garantizar la vigencia y efectividad del Estado de Derecho. No se trata, pues, de una materia regida por el principio de legalidad, bajo el cual tendría que exigirse a los ciudadanos y a los partidos políticos, una actuación expresamente autorizada por la ley, lo cual reñiría abiertamente con el principio antes anotado.

Siendo ello así, y al no estar prohibida la aplicación del sistema aludido, el mismo encuadra dentro del orden jurídico; y aun cuando pudiese afirmarse que no toda conducta permitida resulta per se ajustada a la Constitución, en el presente caso, tampoco encuentra la Sala afectación alguna al principio de representación proporcional, habida

³⁵ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. 2001. *Carta Democrática Interamericana*. Lima. Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, 11 de septiembre de 2001. En http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm.

cuenta que el mecanismo de postulación adoptado [...], no proscribire, rechaza, ni niega la representación proporcional.

[...] la Constitución reconoce sólo el principio de representación proporcional, sin calificar si se trata de mayorías o minorías, lo cual se reserva al ordenamiento jurídico infraconstitucional [...]

La otra excepción, que supuso una garantía de intereses particulares en detrimento del interés colectivo, es la decisión 49/2009, de 3 de febrero, cuyo criterio se ratificó en la sentencia 53/2009 de la misma fecha. En este fallo se resolvió la legitimidad de la reelegibilidad sucesiva e ilimitada de los cargos de elección popular, a expensas del principio de gobierno alternativo:

[...] la eliminación de la causal de inelegibilidad para el ejercicio de cargos públicos derivada de su ejercicio previo por parte de cualquier ciudadano, en modo alguno trastoca el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder. En efecto, el carácter alternativo de nuestro sistema de gobierno postulado por el artículo 6 de la Constitución, no supone un mecanismo de reparto de cuotas de poder a través del cual unos liderazgos deban declinar obligatoriamente a favor de otras legítimas aspiraciones, sino que, por el contrario, implica la efectiva y real posibilidad de que el electorado [...] acuda a procesos comiciales periódicamente en los que compitan, las diversas opciones políticas que integran el cuerpo social y así darle oportunidad de decidir entre recompensar a quienes estime como sus mejores gobernantes, o bien renovar completamente las estructuras de poder cuando su desempeño haya sido deficiente. En conclusión, este principio lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes. [Solo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones].

La concepción de la Sala Constitucional sobre la democracia ha tenido incidencia concreta en el proceso político desarrollado en las últimas dos décadas, más allá de la resolución de las controversias que dieron lugar a sus interpretaciones sobre el principio democrático. La Sala ha fungido como instrumento para imponer una idea de la política que ha desconocido los presupuestos constitucionales de la democracia, condicionando el alcance de la participación ciudadana a la prevalencia de un proyecto axiológico-político cuyo contenido ha sido definido por el tribunal³⁶. Contrarrestar las consecuencias de este fenómeno debe asumirse con urgencia para reinstaurar la democracia en Venezuela.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Conversar sobre la democracia es una de las necesidades más relevantes de estos tiempos. Esta conversación, bajo la modalidad de deliberación, debe ser pública con el propósito de que responda a la realidad histórica en los ámbitos político, social y económico, y en rigor, a las exigencias de la ciudadanía. Promover espacios para que ello ocurra es perentorio.

³⁶ Sobre este argumento, puede consultarse Berríos Ortigoza, J.A. “El concepto constitucional de democracia y la judicialización de la política en Venezuela”. En *Cuestiones Políticas*, Vol. 29, N° 50 (enero-junio 2013). Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público, FCJP-LUZ, Maracaibo 2013, pp. 13-46.

No sólo sería preciso cuestionar las desviaciones interpretativas del concepto constitucional democracia que han propiciado la transición hacia el autoritarismo, sino también revisar los significados de sus fundamentos, entre otros, la idea de la democracia participativa y su alcance, la dualidad de la participación como principio y derecho, y la complementariedad entre la participación y la representación. Todo ello podría ser una pauta orientadora para incentivar conversaciones en pro de un acuerdo constitucional sobre la democracia que sea deliberado y decidido por los venezolanos.

La premisa sería asumir la idea de democracia, en tanto derecho humano, como modo de vida –en reconocimiento y valoración del pluralismo y la diversidad– que exige la satisfacción de las libertades y la igualdad como condición necesaria para alcanzar la justicia y el desarrollo social.

3. LOS VALORES SUPERIORES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Luciano PAREJO ALFONSO*

I. INTRODUCCIÓN

La suma de los atributos de normatividad y superioridad propios de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) en tanto que norma determinan la unidad del ordenamiento del Estado (Sentencia del Tribunal Constitucional –en adelante STC– 80/1982, de 20 de diciembre). Pero como la CE no es una norma de cualquier contenido, sino precisamente portadora de unos determinados valores materiales, esa unidad no es formal, encuentra su soporte en el orden sustantivo que conforman los expresados valores y no únicamente en un conjunto de reglas formales de producción de normas. La unidad que la CE presta al entero ordenamiento es, así, una unidad material de sentido (SSTC 5/1983, de 4 de febrero; 179/1984, de 16 de junio y 16/2003, de 30 de enero).

Resulta de ello la positivización constitucional de valores, dato realmente capital y novedad de bulto, porque supone especialmente la diferenciación en el orden único y total constitucional de normas o reglas distintas, con pretensiones de validez asimismo distintas, con lo que surge la posibilidad de la existencia en su seno de normas constitucionales inconstitucionales (en expresión acuñada por B. BACHOF).

Para el Tribunal Constitucional, en efecto, la CE es un orden o sistema de valores (STC 8/1983, de 18 de febrero; 67/1982, de 15 de noviembre, y 35/1987, de 18 de marzo; Declaración 1/2004, de 13 de diciembre) o, en palabras de la STC 206/1992, de 27 de noviembre –reiteradas por la STC 12/2008, de 29 de enero–, <<la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el *orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles*>>. Por ello, demanda no una aplicación literal, sino una interpretación finalista, como condición para preservar los valores en ella consagrados (STC 18/1981, de 8 de junio). Hasta tal punto esto es así, que –desde el punto de vista de la integración supranacional europea– esa interpretación debe partir de la existencia de límites a tal integración. Pues la cesión de competencias que autoriza el art. 93 CE¹ solo es aceptable en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios

* Catedrático de Derecho administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

¹ El artículo 93 dice así: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la

fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la CE. Los referidos límites, que son *materiales*, no están ciertamente recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero se derivan implícitamente de la norma fundamental y del *sentido esencial* del propio precepto, traducéndose en <<el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del *sistema de valores y principios fundamentales* consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)...>> (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, así como STC 12/2008, de 29 de enero, donde en el contexto de la integración comunitario-europea se destaca –a propósito del Tratado de Lisboa– la fundamentación de la Unión en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías en cuanto valores comunes a los Estados miembros).

El orden de valores, el contenido material de la Constitución es concebido, además, precisamente como un sistema, un todo coherente dotado de una específica estructura que importa determinar para comprender correctamente su significado, lo que repercute en la labor interpretativa (SSTC 32/1985, de 6 de marzo; 20/1985, de 14 de febrero; 67/1984, de 7 de junio, y 22/1984, de 17 de febrero; así como Auto 60/1981, de 17 de junio, y Declaración 1/2004, de 13 de diciembre). Lo destaca expresivamente la STC 12/2008, de 29 de enero, al señalar que a la caracterización del Estado que realiza el art. 1.1 CE –y que trasciende a todo el orden jurídico, según había establecido ya la STC 24/1984, de 20 de febrero– debe reconocerse pleno sentido y virtualidad precisamente en la interpretación del alcance de los diversos preceptos de la norma fundamental. Como se ve, pues, nuestro Tribunal Constitucional se ha colocado, de forma plena, en la línea de la jurisprudencia de valores.

La importancia de esta dimensión valorativa deriva del dato de que la Constitución no se limita a ser un conjunto de normas que deben ser ejecutadas o un programa que debe ser desarrollado, sino que es un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro del mismo quepan opciones políticas de diverso signo, con la consecuencia de que su interpretación no consiste necesariamente en cerrar el paso a dichas opciones imponiendo autoritariamente una de ellas (lo cual solo puede suceder cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos [SSTC 11/1981, de 8 de abril; 194/1989, de 16 de noviembre; 55/1991, de 28 de marzo; 197/1996, de 28 de diciembre; 48/2003, de 12 de marzo; y 236/2007, de 7 de noviembre]).

La novedad de las regulaciones constitucionales sustantivas, expresivas en su caso de valores y no homogéneas entre sí en cuanto a su pretensión de validez, ha dado lugar tempranamente a construcciones doctrinales para su manejo operativo. Pero las cuestiones que suscitan no pueden tenerse, ni de lejos, por resueltas.

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”.

En la práctica del sistema, entretanto, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer normatividad a estas regulaciones y en aplicarlas con resolución como criterios de medida capaces de sustentar el juicio sobre lo que sea el Derecho constitucional en el caso controvertido, como tendremos ocasión de comprobar.

Las normas que consagran explícitamente valores como tales son las que representan una mayor innovación en el panorama del Derecho constitucional comparado. Esta innovación no radica tanto en la positivización –con rango constitucional– de la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político, cuanto más bien en la cualificación de dichos conceptos como valores, y aun valores superiores, del entero ordenamiento, que supone la consideración de los valores como elementos de éste. El otorgamiento de carta de naturaleza jurídica al concepto de valor actualiza entre nosotros la polémica en torno al método de interpretación y manejo de la CE. Pero sobre todo plantea de forma insoslayable y específica la cuestión de qué son los valores para el Derecho y cuál es su juego jurídico.

II. LA POSITIVIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS VALORES; EL ARTÍCULO 1.1 DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 1.1 CE² no ofrece grandes dificultades interpretativas, al menos por lo que hace a la estructura, economía interna y sentido prescriptivo general de la norma. Su estructura se compone de tres elementos:

a) La definición del Estado constituido como un todo a través de sus caracteres básicos.

b) La paralela definición del ordenamiento jurídico de ese Estado por relación no sólo a las condiciones formales de producción y validez de las reglas o normas que lo compongan, sino también y especialmente al contenido material de las mismas y, por ende, de aquél como un todo.

c) Esta determinación sustantiva del ordenamiento se hace mediante la consagración e identificación del elemento articulador del expresado contenido: el valor. El ordenamiento descansa en y se construye sobre un orden de valores. El precepto constitucional no emplea, ciertamente, esta expresión, pero afirma y enumera los valores superiores, que –por lo mismo (si se trata sólo de los superiores, debe haber otros de menor trascendencia)– no agotan el elenco de los animadores del ordenamiento. El ordenamiento así determinado es un ordenamiento con sentido y finalidad: la consecución de los valores y, en último término, los entre ellos conceptuados como superiores. Con ello quedan fijados también los fines últimos mismos del Estado, ya que éste resulta constitucionalmente obligado a “propugnar” los referidos valores.

d) La explicitación taxativa de los valores superiores del ordenamiento del Estado, conforme a la cual la cúspide del ordenamiento es –al igual que la caracterización del Estado– compleja.

² El tenor literal del precepto es el siguiente: “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”.

El orden de valores no culmina así en una jerarquía única y unívoca, sino en una tétada. El conjunto que ésta forma ni contiene ni expresa las valencias respectivas y relativas entre sí de los elementos que la integran y, por tanto, tampoco dice nada sobre las reglas de armonización entre dichos elementos y sus exigencias propias. Quiere decirse que, en principio y con carácter general, todos y cada uno de estos elementos –valores– tienen idéntico rango, concretamente el superior.

III. LOS VALORES Y EL ORDEN DE VALORES EN Y DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ESTADO

1. *Valor y Estado*

En el artículo 1.1 CE se incorpora el “valor” a la construcción, al ser mismo del Estado. El poder y el ordenamiento estatales no “valen”, no son tales sólo por asumirse y ejercerse, el primero, conforme a las reglas y los procedimientos constitucionalmente prescritos, afirmándose fácticamente, y por emanar simplemente de dicho poder, el segundo. “Valen” por, derivan su validez última de, los valores que propugnan y realizan, respectivamente (en otras palabras, encuentran en dichos valores el criterio último de validez o legitimidad).

El Estado que se constituye es, pues, un *Estado valorativo* o, mejor, un *Estado que actúa siempre valorativamente*, por lo que toda su actuación es, también siempre, susceptible de ser enjuiciada desde la misma perspectiva valorativa. En la medida en que el Estado se manifiesta necesariamente como Derecho, la valoración de que se trata es, precisamente, la *jurídica*. El *valor jurídico* se muestra, así, como *cualidad misma* del Estado. Este sólo se ofrece constitucionalmente como tal cuando se presenta adornado por aquella cualidad, cuando realiza –en la medida constitucionalmente exigible– el valor.

El orden de valores pasa a erigirse de esta forma en una cuestión de primer orden. En ningún caso consiste en un criterio o ente extra o metaconstitucional toda vez que:

a) El valor aludido es un valor jurídico y la Constitución deja ella misma establecidos los de rango superior, con lo que sólo son posibles además de éstos (los sancionados constitucionalmente) otros inferiores, que se inscriben ya necesariamente en el orden jurídico constituido.

b) El Estado del que se predica la cualidad de valor carece de sustantividad transpersonal propia, no es un ente ideal justificado en y desde sí mismo. No es otra cosa que la institucionalización de la sociedad o comunidad política, del pueblo histórico (como, sin más, se desprende del número 2 del propio art. 1 CE)³, de lo que resulta la imbricación indisoluble y dialéctica entre sociedad y Estado, articulada por el principio democrático y el pluralismo inherente al mismo. En la medida en que la sociedad no es homogénea ni en el plano de las necesidades y los intereses, ni en el de las ideologías, las creencias y los valores, el Estado tampoco lo es, no puede construirse sobre un orden de valores único, preciso y definitivo; antes bien, debe partir del fraccionamiento social para superarlo en el seno del proce-

³ El precepto dice así: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.

so, continuamente renovado, de integración y unidad (en el sentido de SMEND y HELLER), que constituye su finalidad y en el que se traduce, gracias justamente al pluralismo político, la articulación democrática del poder y la traducción de éste en Derecho vinculante para todos (aunque susceptible de crítica y perfeccionamiento).

Consecuentemente, no existe base suficiente para solución alguna de corte iusnaturalista estricto o que postule la naturaleza ideal, objetiva de los valores, capaz de servir de soporte a un orden valorativo existente por sí con carácter absoluto, definitivo y universal, que el orden positivo deba “descubrir” y al que deba acomodarse. Los valores, en cuanto dimensión de lo humano, emergen, se afirman, “valen” y se articulan entre sí en la realidad y, en tanto que jurídicos, en el proceso sociopolítico de integración y unidad ordenado en y por la Constitución. Cabalmente por esta razón la decantación y la operatividad de los valores:

1º. Sucede en dos planos o momentos diferenciados: el constituyente y el constituido.

En el primero se positivizan los de mayor rango y amplitud y se establece el suelo axiológico desde el que se articulan y “valen”, por ser en él donde tiene lugar la integración o unidad básicas de la convivencia colectiva, el lugar de la *Vereinbarung* (concepto acuñado originariamente por K. BINDING) o del consenso fundamental que ha de presidir y posibilitar la continuidad del mismo y su prolongación al resto de las cuestiones que suscita dicha convivencia.

En el segundo, se concretan y realizan los valores constitucionales y desarrollan, en su caso, otros inferiores, ordenándose en función de aquéllos, bien a través de la creación, bien a través de la aplicación del Derecho. Al respecto son ejemplos bien significativos los siguientes: i) el principio de supremacía de la CE sobre el entero ordenamiento jurídico (SSTC 18/1982, de 4 de mayo; 20/1988, de 18 de febrero; y 16/2003, de 30 de enero); ii) el principio de constitucionalidad de las Leyes (STC 49/2008, de 9 de abril); iii) los llamados principios estructurales y de funcionamiento de la organización territorial del Estado (unidad, autonomía, solidaridad, igualdad, lealtad constitucional, colaboración, cooperación y coordinación) y el dispositivo por lo que hace a las Comunidades Autónomas (STC 247/2007, de 12 de diciembre); iv) el “principio de participación autonómica” en la designación de miembros del propio Tribunal Constitucional deducido por éste directamente de la Constitución. Conforme a la STC 49/2008, de 9 de abril, en efecto, “De la interpretación conjunta de los arts. 69 y 159.1 CE puede derivarse, en efecto, un principio de participación autonómica en la composición del Tribunal susceptible de ser desarrollado de diversos modos” y v) el principio de proporcionalidad: el ATC 262/2002, de 9 de diciembre, destaca, en este sentido y recogiendo la doctrina sentada por las SSTC 32/1985, de 6 de marzo; y 93/1998, de 4 de mayo, que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes, de lo que resulta –no pudiendo ser esta adscripción ignorada, ni por las normas infraconstitucionales reguladoras de la estructura interna del órgano en el que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo (en el caso: el órgano parlamentario)– que la proporcionalidad en la composición de las Comisiones viene exigida por la propia Constitución.

2º. Se inscribe en el ámbito de la racionalidad y puede pretender, por ello, verdad objetiva y certeza, al menos las que son propias del Derecho. Pues los valores, en cuanto pretenden validez y vigencia efectiva, son jurídicos y su determinación queda vinculada a la racionalidad jurídica.

Es cierto que la axiología última y los valores superiores consagrados por la CE aparecen dados sin mayor justificación en el momento constituyente, pero no por ello dejan de caer en la aludida racionalidad una vez establecida la norma suprema. El contenido, significado y alcance de la axiología y los valores aludidos no están entregados, consecuentemente, a la arbitrariedad, a la irracionalidad; como tales sólo pueden tenerse los determinados según el razonamiento o la argumentación propios del Derecho y, en concreto, el Derecho constitucional, razón por la cual es posible una justicia constitucional capaz de establecer definitivamente esa determinación.

2. *Estado valorativo, valores de su ordenamiento y axiología constitucional*

De esta suerte, la caracterización que del Estado hace el artículo 1.1 CE expresa un modelo de Estado en el que los valores superiores dotan de sentido a aquella caracterización y <<representa el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional>> (STC 12/2008, de 29 de enero).

Tal construcción valorativa del Estado impide, no obstante, que el completo significado y alcance del artículo 1.1 CE puedan ser establecidos ateniéndose exclusivamente al propio precepto. Pues, para tener un sentido concreto o único (su función es justamente la de dar sentido a las cosas, revelarlas como bienes o males), los valores –y más aún los superiores– demandan inexcusablemente una perspectiva o criterio material, se reclaman de una axiología. En la medida en que ésta no se despliega en el citado precepto, habrá de buscarse en otros de la propia Constitución.

La búsqueda no puede, empero, ser arbitraria, ha de justificarse desde el artículo 1.1 CE, en el que hay, en efecto, una determinación capital: la identificación del sujeto –España– que se constituye en el Estado objeto de constitución; sujeto éste que no invoca un ente abstracto o ideal, sino, a la luz del preámbulo de la norma fundamental, el pueblo español, la comunidad política que sostiene el orden constitucional y, en definitiva, el conjunto de las personas que, a través de éste, se dotan de un sistema de convivencia política. Aparece aquí, pues, el fundamento y el fin mismo del Estado o, en palabras del preámbulo, *el bien de cuantos integran la Nación española*, que remite, en último término, al hombre o, si se quiere, a la vida humana. Y al hombre, a la vida humana, se refiere el artículo 10.1 CE⁴, para prescribir nada menos que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son *fundamento del orden político y de la paz social*. El Tribunal Constitucional destaca este carácter del contenido del precepto y le reconoce una relevante capacidad ordenadora incluso desde la misma disposición sistemática del texto constitucional (SSTC 18/1981, de 8 de junio; 25/1981, de 14 de julio, y 53/1985, de 11 de abril, así como Declaración 1/2004, de 13 de diciembre).

⁴ El artículo dice así: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

En el precepto destaca la enfática calificación de su contenido como *fundamento* del entero orden constitucional, en el doble sentido de integrar *la base sustantiva* (legitimadora), de su arquitectura y contenido (el orden político) y de representar la condición misma para su correcto funcionamiento (la paz social). En él se encuentra la clave misma, el suelo axiológico y por tanto, el criterio que otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del orden constitucional material; consideración que refuerza la ubicación sistemática del precepto. Por ello, resulta obligado concluir que es también el fundamento, es decir, el criterio o la medida sustantivos del Estado, como poder y como Derecho, e, igualmente, la referencia de los valores, incluidos los superiores, del ordenamiento en su conjunto.

Abordando, así, la decisiva cuestión de la determinación del contenido del artículo 10.1 CE, éste no parece, en una primera aproximación, una enumeración de elementos yuxtapuestos sin una específica relación que los estructure, pues todos ellos están en función de la persona. Sólo desde ésta y su dignidad, que –por lo tanto– se ofrece como eje ordenador del resto, adquieren sentido los derechos *de la persona*, el libre desarrollo *de ésta* (de su personalidad) y, a través de este último, la precisión del respeto a la Ley y a las *otras personas* y sus derechos. Podría, pues, concluirse precipitadamente en una opción constitucional axiológica personalista, en el sentido de liberal-individualista. No hay tal, sin embargo. Como acredita la simultaneidad (armonización) de las perspectivas de las esferas personal y colectiva o comunitaria, la persona a que se refiere el precepto constitucional no es el individuo en abstracto, aisladamente considerado (que luego, en su interacción con los demás, dará lugar a un sistema social que no se prejuzga), sino precisamente la persona en su dimensión social vista en la tensión individuo-sociedad; punto de vista, desde el que, si bien la persona individual no pierde sustantividad, adquiere sentido y posibilidad reales inmersa en la sociedad, en su consustancial compromiso, responsabilidad y, por tanto, solidaridad sociales.

La opción que el constituyente ha erigido en fundamento mismo del orden político y la paz social es, pues, la de *un personalismo social*, en el que el valor supremo que representa la persona humana aparece inserto –como condición misma para su realización– en la comunidad o sociedad organizada. Expresa, por tanto, un valor complejo, un fin último (la realización plena de *cada una de y de todas* las personas, es decir, de la sociedad ordenada o justa), síntesis de un conjunto de valores más simples (enumerados por el propio precepto constitucional), los cuales se articulan en combinación específica desde la tensión individuo-sociedad, permitiendo valoraciones diferenciadas de los bienes en función de la posición de los mismos respecto de esta última tensión. En la medida en que este valor complejo constituye el fundamento del orden dogmático, ha de suponer el criterio de ordenación y estructuración de éste, que –en efecto– forma un *sistema axiológico* (STC 5/1981, de 13 de febrero).

La diferenciación y la específica construcción jurídica de los contenidos del Título I CE a que da lugar, no son casuales, contemplados desde la opción axiológica básica del artículo 10.1 CE, como acredita el artículo 53 CE⁵, al sancionarlas positiva-

⁵ El artículo 53 de la Constitución española es del tenor siguiente: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano

mente graduando con toda precisión la eficacia y el alcance de los contenidos materiales del Título; gradación que sólo puede justificarse desde el aludido artículo 10.1 CE.

El sistema axiológico material de la Constitución se resume, pues, en una sociedad ordenada conforme a la clave que proporciona el precepto considerado: la sociedad bien ordenada a la que se aspira como proyecto colectivo y que justifica el orden constitucional. Inmediatamente ha de recordarse que tal sistema juega como sustrato del Estado configurado por el artículo 1.1 CE, lo que revela la conexión que existe entre sistema axiológico material, características definitorias del Estado-poder y valores superiores del Estado-ordenamiento. Esta correspondencia entre características del Estado-poder y valores superiores del Estado-ordenamiento está reconocida por el Tribunal Constitucional. Por de pronto, para el caso de la nota “social” del Estado y el valor de la igualdad (SSTC 32/1981, de 28 de julio; 62/1983, de 11 de julio; 18/1984, de 7 de febrero; 23/1984, de 20 de febrero; 83/1984, de 24 de julio, y 671/1985, de 24 de mayo), de modo que –en términos de la STC 12/2008, de 29 de enero– el art. 9.2 CE, complementando aquella nota caracterizadora, es decir, incorporando una perspectiva propia de ésta, expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad (razón por la que completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material). Pero también para el Estado de Derecho, cuya esencia aparece conectada con los principios consagrados en el artículo 9.3 de la CE⁶ y la libertad (SSTC 73/1983, de 30 de julio y 83/1984, de 24 de julio). Y, finalmente, el carácter democrático y representativo del Estado invoca la relación de esta nota estatal con la existencia de una opinión pública libre, y por tanto, con el valor superior del pluralismo político (SSTC 12/1982, de 31 de marzo; 16/1984, de 6 de febrero; 23/1984, de 20 de febrero; 32/1985, de 6 de marzo; y 49/2008, de 9 de abril; así como ATC 262/2002, de 9 de diciembre).

En todo caso, conviene también indicar, en punto a la “correlación” entre notas del Estado y valores superiores, que para el Tribunal dichas notas no operan independientemente unas de otras, sino en interacción y dando lugar a un tipo de Estado (en este sentido ya STC 18/1984, de 7 de febrero).

podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.^a del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

⁶ El artículo 9 de la Constitución española dice así: “1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Gracias a la coherencia, a pesar de su complejidad, de la definición constitucional del Estado, la relación entre éste y el orden axiológico aparece satisfactoriamente asegurada. Este orden y, más concretamente, su clave contenida en el artículo 10.1 CE constituyen el criterio sustantivo que proporciona sentido y ordena la estimativa del Estado. La operatividad de dicho criterio puede contemplarse tanto de forma estática, jugando entonces simultáneamente sobre ambos conjuntos de elementos definitorios de las dos dimensiones (poder y Derecho) del Estado, como de forma dinámica (en la relación dialéctica entre tales dimensiones), incidiendo en tal caso sucesivamente en el Estado-poder y en el Derecho por éste generado. Desde el orden dogmático se logra asegurar, así, la unidad valorativa y sistemática del ordenamiento en su conjunto. A través del momento Estado-poder, dicho orden se proyecta en el plano organizativo, asegurando la servicialidad al mismo del ejercicio de los poderes públicos, los procesos de toma de decisiones y la creación de Derecho (incluyendo la crítica al ya establecido). A través del momento Estado-Derecho logra presidir directamente el ordenamiento ya constituido desde la propia norma fundamental, orientando su desarrollo o integración sucesiva, su interpretación y su aplicación.

Pero ¿cómo opera, en concreto, el criterio sustantivo de que se viene hablando, al orientar la estimativa del Estado? Actúa resolviendo la complejidad de los elementos basales de la construcción del Estado, confiriendo en cada caso un orden y una composición determinados a dichos elementos; es decir, regulando las relaciones recíprocas entre ellos y jerarquizándolos de forma distinta según los casos.

El Estado-ordenamiento, como tal, no puede disponer de sus valores superiores, que –por su propia naturaleza– se imponen al mismo, lo presiden y lo articulan. El problema radica en que estos valores son varios, no aparecen jerarquizados, ni su contenido y su significación claramente establecidos. Además, por su abstracción y universalidad, son formales, reclamando un criterio material para la concreción de su contenido. Aquí también ese criterio no es otro que el que proporciona el artículo 10.1 CE, como clave misma del orden dogmático constitucional. Con arreglo al mismo, los referidos valores se ofrecen no sujetos a un orden único, sino variable, según los bienes mismos objeto de regulación por el Derecho.

El valor de la justicia –a pesar de su indudable y evidente importancia– no ha aparecido en la aplicación al artículo 1.1 del contenido axiológico del artículo 10.1, ambos CE, que acaba de hacerse. La razón estriba en la naturaleza específica de la justicia, que si bien tiene en común con los restantes valores superiores su carácter formal, se distingue de ellos en su mayor abstracción y, por tanto, amplitud; su condición, en este sentido y dada su juridicidad, de fin último del Derecho, lo que equivale a decir valor de valores. Esta peculiaridad impide su consideración como elemento de la relación dialéctica entre poder y ordenamiento, pues se identifica con su síntesis: el Estado (Derecho), que es el Estado (Derecho) justo. Quiere decirse, pues, que en el artículo 1.1 CE la justicia no puede *reducirse* al juego propio de los restantes elementos definitorios parcialmente (cada uno de ellos) del Estado, pues pretende abarcar éste en su totalidad. Se corresponde no con dichos elementos, sino con las expresiones “España” y “Estado”, viniendo a ser la *vertiente o dimensión formal de la clave del sistema axiológico material* expresada en el artículo 10.1 CE. Lo que en éste se traduce, sustantivamente, en *sociedad bien ordenada* desde la idea del personalismo social, aparece en el concepto “justicia” del artículo 1.1 como *sociedad y Estado justos*.

Así lo entiende también el Tribunal Constitucional, para quien la justicia –escapando, en efecto, de la correlación de notas del Estado y valores superiores del ordenamiento (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, y 27/1981, de 20 de julio)– constituye ciertamente un canon de enjuiciamiento, pero un canon necesitado de concreción (por ejemplo a través de este valor y el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE: SSTC 66/1990, de 5 de abril, y 181/2000, de 29 de junio). El valor justicia no puede, así, identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo, ni con una forma de fiscalización de la constitucionalidad de la Ley en atención a los resultados. Más bien ha de ser considerado como un *concepto tendencialmente abierto y plural*, que opera como un canon complementario, *en concurrencia con otros factores de ponderación* y, muy especialmente, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en su proyección sobre el legislador (SSTC 66/1985, de 23 de mayo; 239/1992, de 17 de diciembre; 181/2000, de 29 de junio; 47/2005, de 3 de marzo; 13/2007, de 18 de enero; 45/2007, de 1 de marzo; y 49/2008, de 9 de abril).

3. *El orden de valores del ordenamiento; sus elementos componentes y características principales*

El contenido material que nos consta posee el ordenamiento del Estado, y, más concretamente, sus valores, ¿son sólo los que la Constitución expresamente contempla, calificándolos de tales, o, por el contrario, esa previsión no es excluyente de la existencia de otros? Es éste un interrogante no sólo inevitable, sino –como fácilmente se comprende– de primera importancia.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional:

1. Los derechos fundamentales son, ante todo, contenidos materiales; encarnación, expresión o positivización de valores asumidos constitucionalmente para dar una precisa impregnación o sentido al ordenamiento jurídico en su totalidad (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, y 53/1985, de 11 de abril). Se trata, en todo caso, de valores cuya eficacia alcanza a todo el ordenamiento, transmitiendo al conjunto de éste las virtualidades que les son propias (STC 8/1983, de 18 de febrero). De ahí que en modo alguno quepa considerar que los derechos fundamentales y las libertades públicas se limitan en todo caso al reconocimiento de las posiciones individuales a que se refieren, toda vez que pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea *en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos* (SSTC 212/1996, de 19 de diciembre; 116/1999, de 17 de junio; y 181/2000, de 29 de junio), con la consecuencia de la activación del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y, por tanto, la actualización de la doble obligación –negativa y positiva, respectivamente– de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, de contribuir a la eficacia de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano; obligación que afecta especialmente al legislador, quien recibe de los derechos “los impulsos y líneas directivas”, y *adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa* (SSTC 53/1985, de 11 de abril; 129/1989, de 17 de julio; y 181/2000, de 29 de junio).

En definitiva, pues, los derechos fundamentales traducen un sistema de valores de alcance universal, asumidos por la Constitución (SSTC 211/1981, de 15 de junio; 62/1982, de 15 de octubre; 78/1982, de 20 de diciembre, y 97/1984, de 19 de octubre); razón por la que ocupan una posición preferente o central en el orden constitucional (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 114/1984, de 29 de noviembre, y 66/1985, de 23 de mayo). Y un sistema que constituye elemento fundamental del ordenamiento objetivo en su totalidad, pues da a éste sus contenidos básicos; elemento que, en tal función, no está afectado por la estructura federal, regional o autonómica del Estado, de modo que, al fundar un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y ser decisivo en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, tiene carácter unificador. Con la consecuencia de que los derechos fundamentales resultan ser un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual, articuladores de una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actuantes como fundamento de la unidad política sin mediación alguna (STC 247/2007, de 12 de diciembre, que cita la de 25/1981, de 14 de julio).

2. Los principios generales constituyen precipitación y manifestación concreta del orden general, del sistema de valores y principios básicos sentado por la Constitución, por lo que deben manejarse y aplicarse conforme a un contenido de los mismos inducido a partir de ese orden general (STC 67/1982, de 15 de noviembre).

El contenido y alcance de los principios generales resulta, pues, del análisis y la ponderación de los mismos en relación con los demás y los derechos fundamentales, es decir, requiere su “situación” en el orden material de la Constitución (SSTC 27/1981, de 20 de julio, y 37/1981, de 16 de noviembre).

En definitiva, los principios constitucionales no tienen un perfil técnico-formal acabado que permita su juego igual en cualquier caso y circunstancia, pues forman parte del orden sustantivo del texto fundamental y operan inmersos en el mismo, de suerte que su aplicación requiere una ponderación adecuada de su funcionalidad en el sistema; ponderación de la que resulta su contenido y su alcance en el caso concreto, pudiendo ser este último diverso en función de la constelación concreta de valores que queden implicados en el supuesto de que se trate (SSTC 63/1982, de 20 de octubre; 58/1985, de 30 de abril, y 77/1985, de 27 de junio).

Por lo que respecta a los principios rectores de la política social y económica (Cap. III del Tít. I CE), para el Tribunal Constitucional, aun cuando su valor y eficacia no sean idénticos no ya a los de los derechos fundamentales, sino tampoco a los de los anteriores principios, tienen también efecto vinculante inmediato aunque modulado (STC 80/1982, de 20 de diciembre). Se caracterizan, en efecto, porque, aunque informen la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, tienen, de acuerdo con su propio enunciado constitucional, una naturaleza muy diversa, pudiendo ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen; es decir, carecen de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracterizan a los derechos constitucionales, aunque tienen el indicado valor constitucional respecto de todos los poderes públicos sin distinción, orientando sus respectivas actuaciones (STC 247/2007, de 12 de diciembre). No es conforme a la Constitución, pues, su consideración como normas sin contenido (SSTC 19/1982, de 5 de mayo, y 64/1982, de 4 de noviembre), tratándose en todo caso de objetivos fina-

les que orientan la acción de los poderes públicos y condicionan la interpretación del ordenamiento jurídico, si bien todo ello, obviamente, en el marco del conjunto de valores, fines y bienes que también sanciona la Constitución (STC 83/1984, de 27 de julio).

Justamente esta cualidad de los principios rectores pone de manifiesto la identidad última de su naturaleza y la de los principios generales. Porque forman parte del orden sustantivo de valores y bienes colectivamente asumidos y positivizados en la Constitución (STC 64/1982, de 4 de noviembre). De ahí asimismo la interacción entre los principios rectores y el resto de las normas constitucionales, incluso los principios generales.

El orden de valores no está, pues, limitado por el artículo 1.1 CE y la propia Constitución proclama algunos más. La cuestión es, entonces, la de si esos otros valores más son sólo los que figuren en el propio texto constitucional o pueden existir valores establecidos por el ordenamiento ordinario o infraconstitucional. Dado que el orden constitucional de valores no es cerrado, nada parece que pueda objetarse a que la legislación ordinaria consagre sus propios valores. Ocurre sólo que, recogiendo la Constitución ya ella misma unos valores y ocupando el texto fundamental la posición en el ordenamiento de norma suprema, los valores constitucionales se imponen desde luego a los “ordinarios”.

Hasta aquí, sin embargo, hemos venido hablando de valores *positivizados*, en el sentido de establecidos por una norma escrita, cualquiera que sea su rango y posición en el ordenamiento. ¿Debe reconocerse también la existencia y operatividad de valores *no positivizados*, es decir, no plasmados en norma escrita alguna? La respuesta a esa pregunta ha de ser afirmativa sin duda, pues el Derecho del Estado a que se refiere el artículo 1.1 CE es un ordenamiento y, por ello, es, con toda evidencia, algo más que la simple suma de las disposiciones escritas emanadas del poder público. Sucede, desde este punto de vista, lo mismo que con los principios generales; a saber, que su positivización no es condición de su existencia. Ahora bien, como resulta obvio, los valores no positivizados no pueden ser contrarios a los positivizados (constitucionales o conformes con la Constitución), más aún, deben ser conformes o congruentes con los mismos.

Queda así claro que el orden de valores del ordenamiento es abierto y, al propio tiempo, jerarquizado. A pesar de esta apertura los valores se integran en o componen un orden, cuya lógica es preciso desentrañar para entenderlo cabalmente. Hay, por de pronto y según ya hemos comprobado, una jerarquía entre los valores, incluso los constitucionales. Es la que deriva tanto de la distinción que la propia norma fundamental hace de unos “superiores”, como de la misma supremacía constitucional.

La clave del orden de los valores reside inequívocamente, según esto, en los constitucionales superiores, toda vez que llamados por definición a vertebrar, articular o componer todos los demás. Pues bien, lo peculiar de este vértice de dicho orden radica en su pluralidad y en la aparente no claridad de su contenido. Empezando por lo primero, son superiores no sólo los calificados por el artículo 1.1 CE, sino también los proclamados en el artículo 10.1 CE, que integran nada menos que –según sabemos ya– el fundamento del orden político superior, estrechamente conectado con los valores de dicho, artículo 1.1 CE.

Esta ampliación no acota, sin embargo, toda la que es necesario hacer. Pues procede especificar ahora que las notas o características del Estado son igualmente, en su juego con los otros dos tipos de valores anteriores, valores, y valores del mismo rango

que éstos, es decir, superiores. No puede ser de otra manera si el Estado ha de articularse, funcionar, actuar y producirse en los términos que, como creemos haber argumentado ya convincentemente, exige el artículo 1.1 CE en sí mismo y en su relación sistemática con el 10.1 CE.

En conclusión: el orden de valores máximos o superiores asumidos por la Constitución aparece integrado por tres conjuntos diferenciados entre sí. Es, por tanto, un núcleo valorativo superior de contenido complejo, que predica de la totalidad de éste —a pesar de esa complejidad— la condición de vértice del orden entero de valores. Esta circunstancia hace aparecer como problema la forma en que tal vértice complejo puede cumplir su función ordenadora. Tal función consiste, indudablemente, en proporcionar un “sentido” u “orientación” determinados al ordenamiento, al resto de las normas de éste. Dada su complejidad interna, sin embargo, el orden de valores considerado incluye una pluralidad indeterminada de “sentidos” u “orientaciones”, todos ellos susceptibles de concretarse dependiendo sólo de la combinación de los elementos de aquél. El cumplimiento de la función “ordenadora” no puede descansar en una jerarquización o gradación internas del orden valorativo superior, como resulta de la atribución por la Constitución a los distintos elementos componentes de éste de idéntica posición superior. En la medida en que la multiplicidad de combinaciones y, con ella, de “sentidos” es inherente o consustancial al orden examinado, su función propia sólo puede hacerse posible gracias a una específica cualidad de “cristalización”, caso a caso, en una determinada combinación y, consecuentemente, en un “sentido” u “orientación” concretos. Esa cualidad de asumir, constante y sucesivamente (según los supuestos), distintas, pero determinadas “formas” o “articulaciones”, a pesar de la identidad de las pretensiones de validez y vigencia que portan los elementos del repetido orden de valores, procede de una doble circunstancia:

a) La peculiaridad de la estructura interna del orden de los valores superiores. Estos poseen, ciertamente, un mismo rango formal, pero son diferentes entre sí. Aunque existan, desde luego, coincidencias de algunos en cuanto al dato fundamental de la perspectiva o plano estimativos, dicha coincidencia no alcanza a producir identidad, toda vez que en último término el ámbito de la realidad cubierta valorativamente es diferente en cada uno de los valores. La coincidencia en el plano estimativo es la que sustenta las agrupaciones en conjuntos separados de valores. Los planos estimativos y la agrupaciones resultantes coinciden, a su vez, con la construcción interna de y la relación sistemática entre los artículos 1.1 y 10.1 CE).

Esta específica construcción de la estructura interna del orden de los valores superiores —agrupación en conjuntos de valores análogos, aunque no idénticos y en tensión recíproca, que interactúan— determina la lógica de dicho orden: la relación de complementariedad dialéctica de valores y de conjuntos de los mismos, capaz de producir una imagen valorativa coherente, una síntesis estimativa concreta en términos de la justicia propia de una sociedad humana bien ordenada.

b) La dinámica operativa del propio orden de los valores superiores, establecida por los artículos 1.1 y 10.1 CE en su relación sistemática ya analizada. Esa dinámica conecta dicho orden con el resto del texto fundamental, de suerte que aquél no ejerce su función en el vacío o exclusivamente desde sí mismo. Al obligar a una aplicación de los valores superiores en bloque y, por tanto, incorporando o inclu-

yendo necesariamente la estructura del orden dogmático constitucional que preside y refleja el artículo 10.1 CE, *el objeto mismo* de la acción y la ordenación estatales aporta el elemento último necesario para la “clarificación” de la complejidad del orden de valores, el ajuste combinatorio de esos últimos y su “cristalización” en un concreto “sentido” estimativo. La conexión del orden de valores superiores con el resto de la regulación constitucional asegura un ciclo completo de retroalimentación que, en definitiva, no es sino manifestación de la unidad del orden constitucional en su conjunto, de la que aquel orden de valores superiores no es sino condensación última.

Queda así aclarado, y ello conviene destacarlo para precisar expresiones hasta aquí utilizadas, que la superioridad del núcleo valorativo examinado reposa no en la jerarquía como atributo formal, sino en la universalidad que le caracteriza (extensión de su radio de acción, como bloque, a la totalidad del Estado) y en la condición de Estado valorativo propia de éste. En otras palabras, la superioridad le es inherente, no es resultado de la atribución de un rango formal en el ordenamiento; afirmación que, como fácilmente se comprende, tiene incidencia en el problema de la reforma o supresión de los valores superiores y del posible desencadenamiento por éstos de juicios de inconstitucionalidad de otros preceptos constitucionales.

4. *La naturaleza y la eficacia de los valores, su diferenciación y relación con otras figuras jurídicas*

Aunque sea pacífica ya la consideración normativa de los valores, ésta es, sin embargo, insuficiente, en tanto que la categoría “norma” encuadra tipos normativos muy diferentes. La ulterior concreción de la naturaleza de los valores se auxilia, así, de su diferenciación con respecto a los restantes tipos de normas. Si bien es también pacífica la distinción entre valores, principios y reglas, los dos primeros tipos ofrecen los contornos más difusos, razón por la cual su distinción recíproca no es clara.

No puede extrañar, por ello, que el Tribunal Constitucional no haya logrado perfilar esa distinción en su jurisprudencia. En todo caso, para dicho Tribunal los valores superiores son ciertamente criterio de constitucionalidad (SSTC 27/1982, de 24 de mayo, y 90/1985, de 22 de julio). Por ello, tanto las notas determinantes del tipo de Estado como los valores superiores trascienden a la totalidad del ordenamiento jurídico, inspirándolo, requiriendo la sujeción de todos los poderes públicos y exigiendo una interpretación y, por tanto, una solución conforme con los mismos (SSTC 18/1984, de 7 de febrero; 23/1984, de 20 de febrero; 62/1983, de 11 de julio; 63/1983, de 20 de julio, y 75/1984, de 3 de agosto).

Más concretamente, operan con la siguiente eficacia:

- Indican el sentido en que deben interpretarse los derechos fundamentales y las libertades públicas (SSTC 34/1981, de 10 de noviembre; 12/1982, de 31 de marzo; 62/1983, de 11 de julio, y 75/1983, de 3 de agosto).

- Hacen lo propio (condicionamiento de la interpretación) respecto de los principios constitucionales (SSTC 27/1981, de 20 de julio; 19/1982, de 5 de mayo, y 41/1982, de 2 de julio).

- Establecen el marco de referencia para el enjuiciamiento de la constitucionalidad, cuando la Constitución no contiene una regulación material o deja en libertad al legislador (SSTC 12/1982, de 31 de marzo, y 83/1984, de 24 de julio).

- Expresan, además, mandatos positivos a los poderes públicos y, especialmente, al legislador, incluso para el establecimiento de la organización precisa para la garantía material de los derechos fundamentales y las libertades públicas (SSTC 42/1982, de 5 de julio; 81/1982, de 21 de diciembre, y 83/1984, de 24 de julio).

Las diferenciaciones que se establecen entre reglas, principios y valores pueden conducirse a la idea noción de grado de concreción de la norma, bajo la idea, en todo caso, de que la distinción principal es la que media entre reglas, de un lado, y valores y principios, de otro (lo que supone que estos dos últimos tipos tienen en común no ser disposiciones de aplicación directa, consistir en normas de normas). La distinción entre valores y principios resulta ser, así, más bien de grado: los primeros son las normas más abstractas y más abiertas, los segundos tienen un contenido ciertamente indeterminado pero más preciso o concreto.

Justamente por esta razón, la clave para la identificación de estos tipos normativos más imprecisos acaba encontrándose en el terreno de su eficacia. Mientras la postura a este respecto del Tribunal Constitucional no parece clara, la mayor parte de los autores se inclinan por reconocer a los valores una eficacia jurídica mucho más restringida (por limitada estrictamente al campo de la interpretación) que la que atribuyen a los principios.

La generalidad misma de las cláusulas en que consisten los valores conduce de suyo, en efecto, al peligro de la dilución del Derecho en un decisionismo y activismo judiciales, con la consecuente subversión de principios claves para la construcción del Estado y, en particular, de la posición del legislador como representante de la soberanía popular constituida.

Si bien es cierto que los valores traen causa y evocan realidades culturales metajurídicas, ello no es peculiar ni específico de los mismos, como tampoco lo es que en su interpretación deba acudir de nuevo a dichas realidades. Pues en su análisis como normas jurídicas, su origen y formación pierden transcendencia, para pasar a primer plano su condición de prescripciones jurídicas. Son, pues, Derecho y sólo Derecho, están situados plenamente en su ámbito, al igual que los principios.

Así, pues, tanto los valores como los principios son, para el Derecho, normas y sólo normas, construidas con conceptos jurídicos y cuya eficacia ha de establecerse, consecuentemente, en términos rigurosamente jurídicos. Resulta corroborada, así, la identidad de sustancia entre ambas figuras y la situación de su diferencia en la eficacia jurídica en función de su textura prescriptiva.

La insatisfactoria situación actual en punto a la eficacia jurídica de los valores obedece al descuido de un dato capital: la estructura y funcionalidad del orden de valores. Este opera como tal orden, presidido y articulado por núcleo de valores superiores, que —a su vez— cumple su cometido como bloque compacto y en conexión con el resto del texto fundamental; todo ello, en los términos que ya hemos descrito con detalle. Por tanto, los valores no se proyectan, ni aplican, ni interpretan aisladamente, lo que impide abordar y resolver el problema de la textura y contenido jurídicos de los mismos considerándolos separadamente. Partiendo de este nuevo dato, es evidente la imposibilidad

de sostener la práctica ausencia de contenido jurídicamente significativo del orden de valores, y por ende, la limitación a la interpretación de la eficacia propia de éste.

Consecuentemente, la eficacia jurídica de los valores debe ser la misma que la de los principios. La diferencia entre la de unos y otros estriba no en su mayor o menor extensión, sino en su alcance, en correspondencia con el hecho de que lo único que separa los valores de los principios es el grado de densidad prescriptiva, de determinación de su contenido signficante. La menor extensión del círculo de certeza positiva o negativa de los conceptos de valor y la correlativa mayor extensión de la zona de incertidumbre acerca de su significado concreto han de tener, como es obvio, adecuado y cabal reflejo en las consecuencias que se pretendan extraer de su eficacia, tanto en el orden de la interpretación como en el de la crítica de otras normas y en el de la proyección normativa.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., *Constitución y democracia*, Madrid, 1990, pp. 75-138.

GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1984.

LUCAS VERDÚ, P., *Sobre los valores*, "Teoría y realidad Constitucional", N° 23, pp. 117 a 132.

PAREJO ALFONSO, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, en VV.AA., "Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría", t. I, pp. 29 a 133.

PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, 1984.

PRIETO SANCHÍS, L., *Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional*, "PJ", N° 11.

4. PRINCIPIOS DE LOS FINES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

Cecilia SOSA GÓMEZ*

PUNTO PREVIO

La democracia y los fines del Estado conforman una unión fácil de acceder aparentemente, pero difícil de comprender y atrapar. Son conceptos llenos de pasión, generosos, y que creemos claros para tener que explicarlos. La carga política que ellos tienen es tal, que requieren de un ejercicio de humanidad que jamás termina. La razón de ello es que la experiencia de la acción política siempre reserva sorpresas, y nos plantea preguntas a las que a veces no atendemos. Más ahora que la política ha puesto en peligro la civilización de la libertad.

Por ello, la comprensión de la naturaleza de un régimen totalitario¹ y “democrático” permite desentrañar que el primero parte de una idea falsa como es que la administración de las cosas puede remplazar el buen gobierno de las personas. Cuando lo cierto es, que cuando se quiere administrar cosas, se está obligado a gobernar al mismo tiempo para todas las personas.

Dice Raymon Aron² que el ideal de una sociedad en la que cada uno escoge sus valores no puede despegar sin que antes las personas sean educadas en la vida colectiva. Remarcaba siguiendo a Hayek lo siguiente: si dejamos a cada uno una esfera privada de decisión y la escogencia de la misma, haría falta que todos o la mayor parte deseen vivir juntos, y reconocer un mismo sistema de ideas como verdadero y una misma forma válida de legitimidad, es decir: “antes que la sociedad sea libre es necesario que lo sea.”

Lo cierto es que se requiere alertar que la representación del liberalismo y de la democracia está dominada por la idea formal de un “procedimiento”, sea el del mercado

* Abogado. Universidad Central de Venezuela. Doctor en Ciencias Administrativas de la Universidad La Sorbona, París, Francia. Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela. Juez de la República. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia desde 1989 hasta 1999, Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Director Académico del Bloque Constitucional de Venezuela. Correo electrónico: cecisosagomez@gmail.com.

¹ El rasgo dominante del totalitarismo pone el acento en los fines de la potencia nacional o el acrecentamiento del poder por el poder mismo, en la subordinación de la vida y el destino humano de la dominación generalmente carismática o providencial de un líder o caudillo o la dictadura de un partido. Como régimen político se funda una ideología, como el nazismo o nacional socialismo alemán, cuyos regímenes desperdician la libertad y la democracia, a la que le atribuyen todos los males.

² Aron, Raymond. *Liberté et Egalité*. Cours au College de France, p. 16; citando su trabajo *La définition de la liberté*. Art. cité p. 642.

o la garantía de los derechos, creyendo que eso vale por sí mismo y, por tanto, produciendo sus efectos cualquiera fuera la disposición societaria o de los ciudadanos. Resulta que por ese camino perdemos la vida cívica por cuanto no es uno u otro.

La historia ha confirmado la discriminación entre los derechos del hombre y los del ciudadano; en el sentido que los derechos enumerados en la *Declaración* unos pertenecen al hombre en tal condición y otros a los ciudadanos, es decir a los miembros de una comunidad política, entiéndase capaz al interior de un cierto territorio de imponer el respeto de los derechos reconocidos a los individuos, en contra partida a los deberes que ella le impone. Este planteamiento nos lleva a que cuando un individuo pierde su colectividad política, lo invade una angustia existencial de soledad que, en períodos de crisis de sus derechos humanos ocurre cuando no pertenece ya a ninguna colectividad política.³

Es el caso que para que la democracia y los fines del Estado se amalgamen, se requiere de un pegamento que lo asegure. La razón es que las libertades son aquellas que se reconocen y se les garantizan a los individuos. Desde antiguo se decía que la libertad de cada uno se confunde con su poder. Si la vemos, la libertad política se expresa en la seguridad o, al menos, en la opinión que tengamos de la seguridad, desde el artículo 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se colocó la seguridad luego de libertad y propiedad, como finalidad de toda asociación política refiriéndose al Estado o a toda otra asociación de la misma naturaleza. Se consagra, por tanto, en la *Declaración* que:

“La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.” (destacado nuestro)

La primera de las finalidades de toda asociación política es la libertad calificada así por la *Declaración*, y además determina el derecho a ser libre. Esa libertad se asocia con los derechos, y de allí podríamos afirmar que el principio que rige los fines del Estado democrático es la libertad.⁴

I. CONTEXTO DEL ESTADO

El Estado moderno describe una forma de ordenamiento político que se origina en el monopolio de la fuerza legítima para pasar del *policentrismo* del poder a favor de una instancia parcialmente unitaria y exclusiva: del feudalismo al Estado territorial centralizado. La influencia de la concepción universalista de la *república cristiana* (1057/1122) que fue la ruptura político-religiosa que regía la vida política de occidente; permitió proclamar la preponderancia sobre lo político, el Papa reconocía la autonomía al menos potencial de la política.

³ *Ibidem*, 794. Dans l'Introduction. La politique comme science et comme souci par Pierre Manent.

⁴ Ahora bien, la realidad es que la unidad humana está en vía de realizarse y es un aspecto que debemos atender consiste en la pluralidad de colectividades humanas, lo que resulta de la coexistencia de cuerpos políticos y religiosos heterogéneos. No obstante, por ejemplo, los europeos son europeos sin tomar conciencia de que lo son, pues viven juntos la misma vida imaginando que están en la misma situación que antes de hacerse europeos, por tanto parece difícil la humanidad compartida. Ello, sin dejar de tener en consideración cómo a un sistema de acción mundial que funciona en armonía, lo vemos amenazado por viejas naciones y antiguas religiones.

La distinción entre lo espiritual y lo mundano, desde el principio establecido por la Iglesia, desplegó su fuerza hacia el predominio y la supremacía de la política.

El Estado en el plano institucional y organizativo, se convierte en un proyecto racional que significa el paso del Estado de naturaleza al Estado civil, el hombre sujeto a los condicionamientos materiales a los que está sometida la vida en sociedad; o bien la capacidad de la cual disponen las personas para controlar, organizar y utilizar estos condicionamientos, para su sobrevivencia y luego para su creciente bienestar.

Son los valores del individuo los que representan el orden social, ahora elevado al rango de protagonista de la vida no solo civil sino política, a través de la fatigosa conquista, como dice Bobbio⁵ del poder decisorio, es decir, el de mando, que no es otro que el poder legislativo por parte de la fuerza hegemónica de la sociedad organizada. Ahora bien, son los temas de fondo de la doctrina democrática, el verdadero paso adelante representado en la Constitución del Estado, es decir asumir la gestión directa del orden social.

La Constitución es un documento formal que reúne un complejo conjunto de principios organizativos propios del ordenamiento Estatal que lo distingue de otros. Todavía hoy al concepto de Constitución se le considera a menudo coincidente con el del poder político repartido entre varios órganos constitucionales; de modo que se reconozca a los ciudadanos, además, una serie de derechos fundamentales, garantías idóneas contra los abusos de los titulares de los órganos del poder público.⁶ Esta concepción es propia del Estado liberal hasta la aparición del Estado de los Soviet y del fascismo, quienes, si bien no renegaron de la Constitución como garantía, agregaron una corrección, como fue que las garantías únicamente aseguraban a quienes compartieran la ideología oficial.

Entonces, según la doctrina jurídica, se entiende por Constitución *los principios que están en la base de todo el sistema normativo*. Es la norma de las normas; se traduce en la fuerza normativa de la voluntad política y son, por tanto, los principios constitucionales sustanciales, los signos que desempeñan un papel esencial para la comprensión de una Constitución, teniendo en cuenta el valor efectivo que esas normas han ido asumiendo.⁷

Por tanto, la Constitución constituye el orden fundamental normativamente formulado, que define los presupuestos de legitimación del dominio estatal, establece las regulaciones jurídicas de la organización, los procedimientos para su ejercicio y reconoce como sus límites, los ámbitos de libertad individual.⁸ Así, la protección de la dignidad de la persona, la vinculación de los poderes públicos a los derechos de las personas, y a

⁵ *Diccionario de Política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino Siglo Veintiuno Editores. 2ª Edición en español, 2005, p. 569

⁶ La pregunta obligada es qué sentido tiene el ejercicio de tal poder desde los distintos órganos públicos, si ello no se expresa en la ejecución de sus competencias para garantizar los derechos de las personas reconocidos y establecidos por el texto constitucional.

⁷ *Diccionario de Política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino Siglo Veintiuno Editores. 2ª Edición en español, 2005, T. a-j, p. 323.

⁸ Obsérvese que se dice individual por cuanto los derechos sociales y culturales también son individuales, aunque se reconozcan a un conglomerado de personas, así por ejemplo el derecho a pertenecer a un sindicato es un derecho que expresa inicialmente una voluntad individual, el derecho al trabajo es un derecho social e igualmente pertenece a cada persona.

los principios constitucionales de la democracia, del Estado de Derecho republicano, democrático y social, no pueden ser modificados y son límites a la enmienda o a la reforma constitucional, como a la creación de una nueva Constitución por una Asamblea Nacional Constituyente, tal como lo impuso en 1999 la Corte Suprema de Justicia⁹, sentencias que fueron ignoradas e irrespetadas por la propia Corte y por la Asamblea Nacional Constituyente, lo que marcó el inicio del falseamiento de la Constitución.¹⁰

Desde otro ángulo, uno de los problemas a resolver es que el liberalismo se viene definiendo como opuesto al totalitarismo, y ha dejado de utilizar su propia doctrina. Se defiende como lo contrario al absolutismo. Hoy, el liberalismo se reivindica cuando distinguimos entre el Estado que escogemos indirectamente por nuestros votos y la verdad de la sociedad, la buena sociedad.

Cobra vida la postura de Andrés Bello, respecto a lo que esencial para las nuevas naciones incluía la preservación de la lengua española (aunque con algunas reformas), los lazos culturales renovados con Europa (incluyendo España), y el rechazo de la ideología revolucionaria de corte francés. Bello declaró: "...no es, como algunos piensan, el entusiasmo de teorías exageradas o mal entendidas lo que ha producido i sostenido nuestra revolución." Por el contrario, "...lo que produjo, i sostuvo fue el deseo inherente a toda gran sociedad, de administrar sus propios intereses i de no recibir leyes de otras."¹¹ (Destacado nuestro)

El principio que domina al Estado democrático es la libertad, el cual se introduce progresivamente en el gobierno a través de la participación ciudadana en los procedimientos democráticos, con lo cual se limita la arbitrariedad que puede cometer el gobierno por medio de las leyes. Tanto es así que los derechos de las personas son concebidos como derechos de defensa frente al Estado. La esfera de libertad de los individuos que aquellos garantizan es, en principio concebida como ilimitada, mientras que las intervenciones del Estado deben ser justificadas.

De allí que el principio de separación de poderes, en el Estado constitucional de derecho, ha ido mutando, en el sentido que ya "...no consiste sólo en la repartición de las funciones estatales, ni es únicamente una manera de separación orgánica de quienes están llamados a cumplirlas, es, en verdad, la base fundamental de la interdicción de la arbitrariedad y la garantía necesaria de la libertad como valor fundamental del hombre. Por eso consideramos que hoy ese principio no es una modalidad de la organización del ejercicio del poder público, sino un derecho fundamental de los individuos, en la consideración de que sin separación de poderes no habría garantía del respeto de los derechos y libertades."¹²

⁹ Sentencias de la CSJ/SPA N° 17 y 18, de fecha 19 de enero de 1999.

¹⁰ Sentencias de la CSJ/SPA N° 271, de fecha 18 de marzo de 1999, N° 272, de fecha 23 de marzo de 1999, y N° 311, de fecha 13 de abril de 1999, N° 746, de fecha 17 de julio de 1999, N° 942, de fecha 21 de julio de 1999, y Acuerdo de la CSJ en Pleno, de fecha 23 de agosto de 1999.

¹¹ Jaksic, Ivan. *Andrés Bello. La pasión por el orden*. Colección Histórica. 1ª edición en Venezuela febrero de 2007. Universidad Católica Andrés Bello, p. 142

¹² Ver en esta misma obra Badell Madrid, Rafael. "El principio de separación de poderes." En *Principios fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales* (Coords. A.R. Brewer-Carías y J. Araujo-Juárez). EJVI, Caracas, 2020.

Igualmente, la reserva legal que se entendía como la regulación de los derechos mediante una ley, la que tiene que respetar el principio de igualdad, y que no puede afectar el contenido esencial de un derecho; y el objetivo de la ley debe estar acorde con la Constitución además adoptar un medio apropiado, necesario y congruente, que restrinja el derecho, tan sólo cuando sea indispensable y proporcionado para la obtención del objetivo (principio de proporcionalidad).

Por ello, la reserva legal que no es otra cosa que la regulación de los derechos mediante una ley la que tiene que respetar el principio de igualdad, además de que no puede afectar el contenido esencial de un derecho; y el objetivo de la ley debe estar acorde con la Constitución y adoptar un medio apropiado, necesario y congruente, que restrinja el derecho, tan sólo cuando sea indispensable y proporcionado para la obtención del objetivo (principio de proporcionalidad).

Se produce, así, una simbiosis entre definir la libertad como la capacidad o el poder de hacer; y en la medida que confundimos más y más libertad con igualdad, toda forma de desigualdad se transforma una violación a la libertad.

II. UNA MIRADA A LOS FINES DEL ESTADO

Identificar los fines del Estado tienen distintas percepciones y que obedecen al papel que se le asigna al individuo en su relación con el Estado. De esta forma se han planteado dos enfoques o tesis: la primera se la llama personalista y a la segunda transpersonalista.

En el primer caso, se centra en la persona humana considerada de manera individual o singular, señalando que lo que verdaderamente importa al Estado, es la dignidad de aquélla. Así, lo que correspondería al Estado –como fin superior– es garantizar y proteger el desarrollo de la libertad del hombre, para que éste teniendo garantizada su libertad pueda facilitársele alcanzar sus propios fines, ya sean de orden individual o social, actuando el Estado solamente como un medio del cual hace uso la persona humana.

El otro enfoque va más allá que la anterior y se ubica al otro lado, en virtud de que se fundamenta en una proposición distinta que admite que el individuo no es lo importante sino la sociedad, además, se considera al individuo como una entidad al servicio del Estado en la consecución del bienestar, mantenimiento y progreso de la sociedad de la cual es parte integrante. Lo que importa es que la función de cada persona en su desempeño brinde asistencia en beneficio directo o indirecto de la colectividad, lo cual tendría más importancia que el hecho de que una persona tenga trabajo o cumpla una labor, que sería necesaria para alcanzar el bienestar social.¹³

Ciertamente otra perspectiva que pretende presentar los fines del Estado plantea tres visiones: desde la *realidad de los comportamientos políticos*, es decir de la política como actividad que se despliega a través de conductas de gobernantes y gobernados, para alcanzar un fin, al término de la actividad; *desde la realidad de las normas jurídicas*, como aquellos fines que aparecen en una Constitución, donde consta la descripción

¹³ Arias Barrios, Kristopherj Johann. “Enfoque constitucional de los fines del estado venezolano” *Revista Estado de Derecho*: año 1 N° 2 julio - diciembre 2019, pp. 25, 28 y 40.

de sus fines y *en el orden del valor justicia* se refiere a la buena convivencia, el fin es en esta visión cómo el Estado para ser justo debe adaptarse al bien común para no incurrir en desviaciones injustas.¹⁴

Se observa, entonces, que el modo en que la República de Venezuela consagró en la Constitución que no es el Estado el fin objetivo más bien se focalizó en la persona, el asegurar su desempeño asegurando los beneficios de la libertad, y para ello afianzar la justicia y promover el bienestar general. En fin, el Estado es una entidad al servicio de la sociedad que se individualiza en la persona de manera singular para garantizar su dignidad, y ésta pueda alcanzar sus propios fines.

III. FINES DEL ESTADO VENEZOLANO. ¿CÓMO LOS EXPRESA LA CONSTITUCIÓN?

La Constitución de la República de Venezuela enumera los fines del Estado de la siguiente manera:

Artículo 2.- *El Estado tiene como fines esenciales* la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de *los principios*, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.”¹⁵(destacado nuestro)

Por su parte, el Preámbulo de la Constitución establece que:

...el fin supremo de la República es establecer “una *sociedad democrática, participativa y protagónica*, multiétnica y pluricultural *en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad*, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y *el imperio de la ley* para esta y las futuras generaciones; *asegure* el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la *igualdad sin discriminación ni subordinación alguna*; 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 la siguiente CONSTITUCIÓN...” (destacados nuestro)

Mientras la Constitución anterior (1961) sancionada por el Congreso de la República, actuando en representación del pueblo con el voto de las Asambleas Legislativas de los Estados, escogió el Prólogo para determinar *cuál era su propósito*; no los calificó de fines del Estado, sin embargo, inspiró los primeros artículos de la Constitución de 1999.

¹⁴ Monografías.com. Política. *Derecho Político-Fines del Estado*. Enviado por celiavaesken.

¹⁵ “...En suma, solo la educación podrá transformar a un individuo en ciudadano, y sólo el ciudadano podrá sostener la República. Era por tanto un interés fundamental del Estado promover la educación.”

Algunos de esos propósitos de aquella Constitución: “asegurar la libertad...y la estabilidad de las instituciones.” “...amparar la dignidad humana, promover el bienestar general y la seguridad social”, “...fomentar la economía al servicio del hombre...” mantener la igualdad social y jurídica, sin discriminaciones...sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos...”¹⁶ (destacado nuestro)

Además de las referencias constitucionales transcritas, el texto contiene dos menciones más; se trata de los artículos 136 y 152. El primero de ellos, es el que establece cómo se distribuye el Poder Público y cada una de esas ramas tiene sus funciones propias, refiriendo que los órganos a que los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de *los fines del Estado*¹⁷. El artículo 152 igualmente lo menciona cuando somete las relaciones internacionales de la República a *los fines del Estado*.¹⁸

El derecho público comparado permite integrar útilmente la determinación de los fines de otros Estados, para estar atentos a la experiencia extranjera. De allí destaca cómo en la Ley Fundamental de la República Alemana se estableció como su propósito, crear un marco normativo que ofreciera al pueblo alemán la oportunidad de intervenir activamente en las decisiones políticas (teniendo conciencia de los crímenes cometidos durante la dictadura nacionalsocialista) para la *construcción de un Estado de Derecho Democrático y Social*, y la integración de un orden pacífico internacional. “Es por ser un Estado social que se reconoce a la *dignidad humana* como concepción básica concreta del comportamiento estatal y, con ella, la obligación de los órganos estatales de asegurar no sólo las condiciones jurídicas sino también fácticas de *una vida autónoma de los individuos*.”¹⁹

Al revisar la Constitución de España, en la que se inspiró el constituyente de 1999 en cuanto a los valores que el Estado propugna, en particular, para la redacción de los artículos 2 y 3, estableció: “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...” Mientras el artículo 2 de la Constitución venezolana multiplicó los valores superiores y los expresó así: “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

¹⁶ Constitución de la República de Venezuela. (1961) G.O. N 662 Ext. De 23 de enero de 1961.

¹⁷ Artículo 136 Constitución 1999. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí *en la realización de los fines del Estado*. (destacado nuestro)

¹⁸ Artículo 152. Constitución 1999. Las relaciones internacionales de la República *responden a los fines del Estado* en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto a los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales. (destacado nuestro)

¹⁹ Staff, Ilse. (profesora). “Introducción al texto de la ley Fundamental para la República Federal de Alemania.” Promulgada por el Consejo Parlamentario el 23 de mayo de 1949, versión en vigor desde el 27 de octubre de 1998, p. 17.

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)

Los Estados Unidos de Norteamérica cuya Constitución se remonta a 1797, establece en su encabezamiento los fines que ésta persigue: “NOSOTROS, *el Pueblo* de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, *establecer Justicia*, afirmar la *tranquilidad interior*, proveer la *Defensa común*, promover el *bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad*, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América.”

La Constitución venezolana escogió consagrar un enunciado de compromisos a los que califica directamente como los fines esenciales del Estado, estableciendo que la educación y el trabajo son los procesos que permiten alcanzar dichos fines.

Establece como fines del Estado:

- la defensa y desarrollo de la persona,
- el respeto a la dignidad de la persona,
- el ejercicio democrático de la voluntad popular,
- la construcción de una sociedad justa y amante de la paz,
- la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, y
- la garantía de cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.

Constituye esta enumeración una lista narrativa no taxativa, en el sentido que cada uno de los fines indicados agrupa tal cantidad de artículos de la Constitución que tratan y regulan estos fines de rango constitucional, constituyen compromisos permanentes a los que toda acción del Estado debe responder, son fines de obligatorio ejercicio. Para lograr encaminar estos fines del Estado para que respondan a la garantía de los derechos humanos es indispensable entender que todos esos fines tienen que asegurar el principio de la libertad.

Por tal razón se le otorga al Estado la función de asegurar los derechos individuales como: la vida, la propiedad privada, la libertad como supremo valor. Es la voluntad de cada uno lo que da origen de la sociedad civil.

La pregunta obligada es cómo identificar en la Constitución lo referido a los fundamentos del orden estatal venezolano de los fines del Estado. En cuanto al orden estatal, las normas están referidas en primer lugar a que Venezuela es una República y es una Democracia. Es una democracia representativa y participativa, es decir por votaciones, por referendo y por participación ciudadana en la gestión del Estado. De allí que consagre el ejercicio indirecto o directo de la soberanía. Por tanto, hay un llamamiento a la participación activa; es decir una convocatoria a que no esperen que lo hagan los demás, sino que comprendan que el Estado es cosa de todos.

Es necesario al tocar el punto de la democracia representativa entender que los partidos políticos coadyuvan en la formación de la voluntad política, pero en modo alguno tienen la responsabilidad exclusiva de la conservación de las estructuras democráticas.

Lo esencial es la comunicación directa de los ciudadanos que queda asegurada mediante el ejercicio de sus derechos, aunque no lo diga expresamente el texto constitucional. Además, el Estado venezolano se califica como *federal descentralizado, democrático y social de Derecho y de Justicia*.

Igualmente en democracia el poder tiene que estar distribuido, y en el caso venezolano la presencia de órganos colegiados en los poderes públicos nacionales exige aún más participación y consenso; así el Consejo de Ministros en el poder ejecutivo nacional; en el poder legislativo nacional, los diputados reunidos como Asamblea Nacional; en el sistema de Justicia por los órganos que lo integran, igualmente en el poder electoral y en el poder ciudadano. Por tanto, democracia es gobierno libre y antiautocrático, opuesto a todas las formas de despotismo. Por eso no puede haber democracia, sino donde la garantía de los derechos y libertades posibiliten la participación política guiada por una determinación autónoma de la voluntad de cada individuo.

En resumen, la exigencia de la libertad en la Constitución venezolana como principio tiene presencia en planos de diferente naturaleza; de una parte, como un valor fundamental que hace libre a la República; califica como derecho irrenunciable de la Nación; también constituye un valor superior del ordenamiento jurídico; una finalidad del Estado; y, además es un derecho humano. De allí que el objeto del Estado es realizar en la mayor medida de lo posible, los deseos de sus ciudadanos, los cuales se traducen en garantizar que el ejercicio de sus derechos puedan lograrlo.

Ahora bien la ausencia de coacción no puede ser la explicación de la libertad, es más bien una condición necesaria de ella; la esencia de la libertad es la autodeterminación, es decir gobernarme a mí mismo, utilizar mis facultades, el hecho es que mi voluntad real es idéntica al sistema de fines de la sociedad a la que pertenezco.

El bien público es el soporte de los derechos. El principio es que el Estado debe actuar imparcialmente en interés de todos los ciudadanos, si establece diferencias entre ellos, no puede realizar el fin que como Estado tiene. "...Por consiguiente, el Estado debe postular la igualdad de los ciudadanos respecto a los beneficios que produce su poder; pero si desea tal fin, tiene lógicamente que procurar obtener las condiciones necesarias para su logro."²⁰

"El derecho a una buena administración es consecuencia de la nueva formulación del derecho administrativo, que se presenta hoy como *un derecho del poder para la libertad*. El interés público –que antes servía para justificar las potestades y prerrogativas de la administración– es el fundamento hoy del pleno ejercicio y disfrute de los derechos y libertades.

Para asegurar eso se precisa, en primer lugar, de una buena administración pública, que mediante el respeto de los derechos y principios que informan su actuación, elimine cualquier forma de ilegalidad en el ejercicio de la función administrativa, limite el poder y asegure el pleno disfrute y ejercicio de las libertades y derechos de los ciudadanos."²¹

²⁰ Laski, Harold J. *El Estado en la Teoría y en la Práctica*, p. 89.

²¹ Badell Madrid, Rafael. "El Derecho a la Buena Administración", p. 3. Consultado en original.

“El derecho administrativo es entendido en el Estado moderno como garantía del ejercicio del poder desde la libertad y para la libertad. A lo largo del tiempo el concepto de derecho administrativo se ha ido desarrollando hasta entender que hoy en un Estado constitucional, democrático y social de derecho, la administración pública debe servir a los intereses generales de los administrados y que los poderes que tiene deben dirigirse a asegurar el completo ejercicio y disfrute de sus libertades y derechos.”²²

IV. PRINCIPIOS Y VALORES

La Constitución no es el Estado, pero permite hacer un buen Estado.²³ Es necesario en la sociedad una autoridad coactiva que sea obedecida por todos, pero requiere para lograr esa obediencia conocer y compartir los fines que con su actuación puede lograr.

La Constitución Venezolana utiliza el Preámbulo para señalar cuál es el fin supremo del pueblo y los valores que el Estado debe consolidar; su redacción es la siguiente:

“El pueblo de Venezuela con el fin supremo de refundar la República para establecer una *sociedad democrática, participativa* y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado...” (destacado nuestro)

Una *sociedad democrática y participativa* está vinculada a un Estado que para sus ciudadanos valora la eficiencia de sus compromisos constitucionales por lo que hace, no está justificado sólo por la mera invocación de los valores que está obligado a consolidar. La enumeración de esos valores son:

“...la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y *el imperio de la ley para ésta y las futuras generaciones*; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación a la justicia social y a la igualdad sin discriminación, ni subordinación alguna; ..., *la garantía universal de los derechos humanos.*”

Es en el Título I de la Constitución cuyo título es “Principios Fundamentales”, donde las normas precisan la esencia del tipo de Estado y de Constitución, sus fines y los valores que rigen la Nación, las características del Estado, y el lugar que ocupan las personas y sus derechos ante el ejercicio del poder. Igualmente determina sus características, quien detenta el poder, sus límites, y el sometimiento de todas las instituciones y estructuras, igual que las personas, naturales y jurídicas, a lo establecido en ella.

Ratifica e identifica los valores asociados a la República como la libertad, igualdad, justicia y paz internacional; estableciendo que la Nación reconoce como derechos irrenunciables, la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

El compromiso constitucional del Estado venezolano es la determinación expresa de la tipología de Estado que se exige y la esencia que lo compone: “Venezuela se constituye en un *Estado democrático y social de Derecho y de justicia, que propugna como*

²² Badell Madrid, Rafael. “El Derecho a la buena Administración”, p. 4. Consultado en original.

²³ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania. Promulgada por el Consejo Parlamentario el 23 de mayo de 1943. Versión en vigor de 27 de octubre de 1998. Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal. Prefacio del Presidente Federal. Johannes Rau. Noviembre de 1999.

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.” (destacado nuestro)

Lo cierto es que por el hecho de ser Estado, los ciudadanos no se ocupan del propósito filosófico del Estado en cuanto tal, sino de los resultados de sus actividades que experimentan en la vida diaria.²⁴ Mientras por su parte, la idea dominante del jurista que opera al interior de cada uno de los ordenamientos, “es buscar la “sola verdad jurídica”, la que tienen su fuente en la ley y que viene fielmente reconstruida por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia. Ese es el principio de la unicidad de la regla de derecho que genera en el jurista el convencimiento de que la regla legal, la doctrinal y la regla jurisprudencial, tienen el mismo contenido y que son por eso mismo intercambiables.”²⁵

El Estado, tenemos que reconocerlo, emprende un modo de organizar la vida colectiva de una sociedad dada; y no es menos cierto que al analizar sus funciones es fácil darse cuenta del grado en que invade y penetra el poder individual. El ciudadano del Estado moderno se encuentra a cada momento en la malla de sus actividades. En cuenta que el Estado necesita un grupo...” de personas “...que ejerza, en su nombre, la autoridad coactiva de que dispone, y a este grupo es al que llamamos el Gobierno del Estado.” Se comprende que el mecanismo administrativo lleva a cabo los propósitos del poder.

Cobra importancia que el poder deriva del derecho, pero después de todo el derecho no es más que un conjunto de palabras, hasta que los ciudadanos le dan sustancia del cumplimiento forzoso. Cuando la voluntad del Estado reside en las leyes, quien le da efecto a su contenido es el Gobierno.

Ciertamente, la ley es un mecanismo organizativo de la sociedad, noción que debe prevalecer en las actividades legislativas. Por eso cuando se habla de gobierno representativo, el Congreso u Asamblea ésta legisla de acuerdo con la voluntad de la mayoría de los ciudadano votantes, pero dentro de los parámetros establecidos por la Constitución.

Entronizar la ley como el valor principal en el sistema republicano es la clave de su fortaleza, pues sólo la ley da validez a la noción de ciudadanía. Ciudadano es aquél, decía Andrés Bello, que se concibe a sí mismo como rigiendo su conducta de acuerdo a la ley, tanto en materias públicas como privadas. Es la base misma del orden en la sociedad. La voluntad del Estado reside en las leyes; pero quien da sustancia y efecto a su contenido es el gobierno. Se puede decir que es el consentimiento de los gobernados lo que le da el poder de hacer que su voluntad sea obedecida, sin dejar de considerar que hay tiempos y lugares, como es el caso de la Venezuela actual en el los cuales los hombres son gobernados por un Estado cuya política no toma en consideración ese consentimiento.

²⁴ Laski, Harold J. *El Estado en la teoría y en la práctica*. Colección Clásicos del Derecho. Revista de derecho Privado. Editorial Reus, 2008, p. 21.

²⁵ Pegararo, Lucio y Rinella, Ángelo. *Introducción al Derecho Público Comparado*. 1ª Ed. en español. Lima-Perú 2006, p. 47 y 48.

El sistema republicano en hispanoamérica consiste en el imperio de la ley. Los principios de una Constitución no pueden ser teóricos decía Bello, el espíritu cívico republicano es indispensable, el genuino aprecio por el valor individual y social de la ley. Es así que la ley está unida a la noción de libertad, ya que el ejercicio de los derechos individuales se dan hasta el punto de no interferir con los derechos de los demás.²⁶

El paradigma constitucional es claramente un modelo normativo complejo, nunca completamente realizado ni perfectamente realizable, a causa de la divergencia que siempre existe entre normatividad y efectividad. Las garantías pueden reducir esa divergencia, tanto más amplia cuanto más ambiciosa son las promesas constitucionales.

Cuando la divergencia entre la norma y la efectividad alcanza un punto de crisis o de ruptura es porque el desarrollo de la ilegalidad en el ejercicio de los propios poderes públicos normativos se manifiesta en la violación de las garantías, y se produce su ausencia; se da entonces el hecho de que la política no acepta la sujeción al derecho, y se constituyen en las principales causas de la crisis de la democracia. Por tanto, la esencia del Estado de derecho es comprender que la ley es algo más que un mecanismo formal para la imposición de reglas, y más bien debemos entenderla como conciencia personal del espacio disponible para ejercer derechos, que no invadan el espacio civil de otros.^{27 28}

Ahora bien, en materia de derechos, "...llámense humanos, fundamentales, básicos o simplemente derechos, ellos forman una unidad, pues son interdependientes, integrales, y universales²⁹, de manera que no es admisible que se desconozcan unos derechos con el pretexto de salvaguardar otros. Esta posición se fundamenta en la idea que para proteger verdaderamente la dignidad humana, es necesario que la persona tenga no sólo órbitas de acción que se encuentren libres de interferencia ajena, como lo quería la filosofía liberal, sino que además es necesario que el individuo tenga posibilidades de participación en los destinos colectivos de la sociedad de la cual hace parte, conforme a las aspiraciones de la filosofía democrática y también que se le aseguren unas mínimas condiciones materiales de existencia, según los postulados de las filosofías políticas de orientación social.³⁰

Tenemos así que la unidad compleja de los derechos, involucran derechos de libertad que provienen de la tradición liberal; derechos de participación que son desarrollo de la filosofía democrática y derechos de prestaciones sociales, que corresponden a la influencia de las corrientes de orientación social. Así el orden público constitucional no se limita a la conducta entre Estado y los particulares, sino que se extiende hacia la ór-

²⁶ Bello, Andrés. "Principios de Derecho de gentes en 1832." *Obras Completas*, T. X, p. 31.

²⁷ Ferrajoli, Luigi. *La Democracia a través de los Derechos. El Constitucionalismo Garantista como Modelo Teórico y como Proyecto Político*. Editorial Trotta. 2014, pp. 135 y ss.

²⁸ Carrera Damas, Germán en *Papel Literario de El Nacional*. Artículo publicado en el que se desarrollan los estadios de conciencia: el histórico el nacional y el social, lo que representa la base de la condición de ciudadano Es respuesta a los requerimientos sociales, sentimentales e intelectuales del individuo social expresado como los sentidos de procedencia, pertenencia y permanencia; ha de fundarse en el ejercicio pleno, y por lo mismo libre de soberanía popular.

²⁹ Artículo 19 de la Constitución venezolana.

³⁰ Pegoraro, Lucio. *Ensayos sobre Justicia Constitucional y Descentralización y las libertades*. Instituto Mexicano de Derecho procesal. Ed. Porrúa, México 2006, p. 305.

bita de acción de éstos últimos entre sí. El Estado Legislador debe dar eficacia a los derechos en lo público y privado, y el Estado Gobierno debe siempre interpretar sus acciones e iniciativas a través de la óptica de los derechos de las personas; y el Estado Justicia debe garantizar el ejercicio del derecho denunciado como violado, y atender su cumplimiento.

V. LOS PRINCIPIOS CIUDADANOS

Un aspecto que caracteriza el moderno constitucionalismo y también a la doctrina que los estudia, es la importancia dada a los principios y a los valores expresados en las Constituciones o que se recaban de ellas. Si bien a nivel doctrinario se dan opiniones de la naturaleza de los principios, normas o matrices de normas, para la Constitución venezolana de 1999 tienen el carácter propio de una norma, sobre todo al establecer en el artículo artículo 334 la obligación de todos los jueces en el ámbito de sus competencias, de asegurar la integridad de la Constitución; y en el artículo 335 atribuir al Tribunal Supremo de Justicia en cualquiera de sus Salas o en el Pleno de la misma, “...garantizar *la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales...*” y ser el máximo y último intérprete de la Constitución y velar por su uniforme interpretación y aplicación.

Para la Constitución la importancia dada a los principios y a los valores, es precisamente que ellos son los que garantizan la integridad de la Constitución, son normas de conducta que no pueden evitar cumplirse; en el texto venezolano se dejó atrás las normas programáticas, no sólo por la redacción que de ellas se hace, sino por la carga expresa de cumplimiento por parte del Estado y la exigencia que sean matrices indispensables que apoyen la medición del cumplimiento de la garantías, permitiendo la gradación de las violaciones a los derechos humanos. En el moderno constitucionalismo aun cuando se las llame matrices de normas, ello no las hace menos normas, más bien conforman el acompañamiento a la satisfacción o violación de un derecho humano.

Es el caso que cuando los miembros de un Estado están fundamentalmente de acuerdo en los principios básicos que su política persigue, el aspecto coactivo pasa a un segundo plano. Pero cuando el poder del Estado depende de la autoridad, de coacción a los adversarios del gobierno, de quebrantar sus voluntades, de obligarles a someterse; es decir, un Estado cuyos fines son discutidos, tiene que recoger el reto o que cambiar de orientación; y si intenta mantenerla tiene que hacer uso de la fuerza; pero para que el uso de la fuerza sea legítima, y se pueda compeler su cumplimiento por estar fuera de la ley, aplica efectivamente la justicia de los fines a través de la legitimidad de los medios.

La historia del pensamiento político occidental nos muestra el desarrollo y evolución de *una serie de valores, la justicia, la libertad, la igualdad y la inviolabilidad de la propiedad*, cuyas implicaciones han sido estudiadas y debatidas por varios siglos; lo mismo sucede con los *debates de las estructuras y procedimientos institucionales que son necesarios para poner en práctica y compatibilizar esos valores*; pues los valores que caracterizan el pensamiento occidental no aseguran por sí solos su propia aplicación.

El conflicto de intereses que se produce en la vida real entre ellos es tan pronunciado, que la naturaleza de las estructuras por medio de las cuales se llega a las decisiones tiene una importancia crucial para determinar el contenido mismo de esas decisiones.

Por tanto, la articulación de las instituciones del sistema político y la medida en que han promovido estos valores, resultan fundamentales para la organización política del Estado.³¹

El constitucionalismo consiste en la defensa de ciertos tipos de arreglos institucionales, partiendo de la suposición que son la mejor forma de conseguir sus fines. Por tanto introduce en el debate un elemento normativo basado en la creencia de que hay una relación demostrable entre algunos tipos de organización institucional y la salvaguardia de unos valores esenciales.

La libertad como ausencia de sanción, es el principio de los fines de un Estado democrático; visto que no es un fin sino un medio para un fin; que considera siempre los intereses de las personas que lo integran y para juzgar la conducta del Estado, ésta se hace por el grado de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes y no de su propia conveniencia. De lo contrario, tendríamos que afirmar que el Estado es sólo una organización del poder y que es de su naturaleza la dominación y de existir otro poder y se siente imponente para destruirlo o derribarlo ya se transforma en una amenaza contra su existencia; lo que sería una prueba de su impotencia, y en ese caso queda el uso de la fuerza cambiando a un Estado no democrático.

Por tanto, dada la diversidad de formas de actuar de los distintos individuos para satisfacer sus deseos contrapuestos, es necesario que la sociedad disponga de un órgano común que defina las condiciones dentro de las cuales puede aspirarse legítimamente a satisfacerlos. La necesidad de que exista en la sociedad una autoridad coactiva que defina las reglas de conducta social permisible, ha sido admitida, para una forma estable de vida. El Estado lleva consigo la seguridad; y la seguridad es la condición de que depende la posibilidad de lograr pacíficamente las satisfacciones que los hombres intentan obtener. En el entendido que se obedece a esa autoridad en consideración a los fines que con su actuación creen poder lograr. En casos excepcionales como es el de Venezuela, la coacción opera de manera incondicionada sin someterse a reglas, y sin atender los fines que sus ciudadanos consideran fundamentales.

Lo más importante son los propósitos con los cuales se intenta justificar las actividades del Estado, siendo de capital importancia conocer la forma en que se producen los encuentros del ciudadano con el Estado, en conocimiento que el Gobierno no es más que el agente de aquél como mecanismo administrativo que lleva a cabo los propósitos de ese poder. La idea central de todo Estado donde el imperio de la ley ha remplazado a la discreción arbitraria, como base de la acción política, es la idea de un Gobierno responsable, inclusive por la ejecución de los actos a los cuales pudiera no alcanzar su competencia, y requiriera autorización del poder legislativo. Aquí en la Constitución como el cuerpo normativo que evita que el Gobierno que actúa en nombre del Estado, abuse de su poder soberano.

No hay duda que la doctrina de la separación de poderes la primera vez que se formuló en forma coherente y explícita fue en la Inglaterra del siglo XVII, y sus defensores la presentaron como el “gran secreto de la libertad y el buen gobierno.”³²

³¹ M.J.C. Vile. *Constitucionalismo y Separación de Poderes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección Estudios Constitucionales. Madrid 2007, p. 1.

Ahora bien, no hay duda que los fines del Estado han pasado por diversos caracteres que lo identifican de diversa manera, sea como un Estado Gestor, Estado Árbitro, Estado Coordinador y un Estado Revolucionario, cuyas características varían en el énfasis y concepción de su destino.

Así el Estado Gestor se caracterizaba por no separar a la sociedad del propio Estado, todos se catalogaban agentes permanentes del mismo Estado. Los poderes no encuentran otros poderes que legalmente los limiten; no hay fines de la sociedad que sean diferentes de los fines del Estado. El más característico de todos es la administración de justicia, en ejercicio de la cual arbitra los conflictos de intereses. Es posible que por ello estén comprometidos su independencia y autonomía.

En cuanto al Estado Árbitro, este parte de una actitud tomada en relación con la igualdad de los individuos. El ejemplo más evidente es el de la instrucción, concebida más un deber del Estado que un derecho del individuo. Las cláusulas violadoras del orden público, horarios de trabajo, por ejemplo, son indicadores del origen de convertirse en árbitro de la vida interna y gestor de la proyección internacional de un Estado. Si lo vemos como la adquisición de territorios, poblaciones, se constata la diferencia entre ser árbitro en las metrópolis y gestor en las colonias; todo ocurrió hasta las grandes guerras de nuestro tiempo.

Por su parte, el Estado Coordinador es aquél que pretende conciliar la libre iniciativa con la gestión directa del Estado, lo que dio origen a una característica, actividad coordinadora determina la respuesta al problema del Estado. El Estado puede ser instrumento de lucha a favor del bienestar o de la felicidad, que significa Estado de Bienestar Social. Por efecto de la revolución industrial, se permitió a los trabajadores igualar sus condiciones de vida y buscar nuevas respuestas a sus problemas. Cobra fuerza, entonces, lo señalado por Octave Gelimer en 1963 cuando determina que “En el plano político el futuro pertenece a la democracia. En el plano económico, el futuro pertenece a la economía de la concurrencia y la economía de la concurrencia son dos hermanas gemelas; nacieron de la misma madre, Inglaterra y del mismo padre, el movimiento puritano. Se asientan en la separación de poderes y de las funciones.”³³

En cuanto al Estado Revolucionario, este se libera de una vocación conservadora y la vocación innovadora. Siempre es posible que un Estado tenga una función revolucionaria en la medida que tenga a la vista alterar la estructura social. Cuando el Estado pretende alterar la estructura social y la sustitución de la sede del poder político, que se procura tornar definitiva por medio de una alteración de la estructura o constitución social.

Todo gira en una acción de convergencia ideológica que tiende a la uniformidad de la actitud ante el mundo y ante la vida de todos los estratos sociales, independientemente de su ocupación. El Estado prosigue con actividades gestoras, arbitrales, coordinadoras y revolucionarias, es una doble actitud conservadora e innovadora conforme a las exigencias de la coyuntura.

³² M.J.C. Vile. *Constitucionalismo y Separación de Poderes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección Estudios Constitucionales. Madrid 2007, p. 3.

³³ Moreira, Adriano. “Los Fines del Estado.” *Diaret. Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, Nº 161, 1968, pp. 11-66.

Uno de los aspectos importantes del aprendizaje de un Estado revolucionario es determinar cómo actúa el Estado, su comportamiento real y la determinación entre el Estado y la sociedad y la dependencia funcional entre el Estado y la Estructura Social.

VI. LA LIBERTAD FOCALIZA LOS DERECHOS HUMANOS Y SUSTENTA LOS FINES DEL ESTADO

Le esencia de un principio es tener un propósito que permita lograr conseguir el fin propuesto y en esa línea dirige las acciones que lo logren. Así, el principio orienta la acción y a su vez es el fundamento y la base de la acción. Por tanto, las normas serán eficaces a condición, que alcancen el fin.

El principio del Estado Democrático Constitucional se establece socialmente obligatorio en la realización de un valor regido por la ley jurídica. Así el principio de la libertad y de los valores que la contienen hace que las normas se dirijan a la conducta de una sociedad concreta; lo que es igualmente una obligación en la conciencia del individuo que en el ámbito cultural acepte tales valores. De esta manera, la libertad actúa en la persona sin coacción externa mediante un proceso de socialización.

La vinculación con el Estado de Derecho se concreta cuando toda estructura institucionalmente democrática y de todos los miembros de la sociedad, incluyendo el Poder Público y sus agentes, están sujetos a los procesos constitucionales y legales como condición política fundamental; guiados por el respeto a las libertades públicas en todas sus acciones, sometidos a la supremacía de la Constitución la que precisamente establece el imperio de la ley, y está siempre condicionada a garantizar el ejercicio de los derechos humanos (respetar, promover y consagrar) de lo contrario todas las acciones que lo contradigan generan la responsabilidad del Estado y de sus agentes por sus actos violatorios de los derechos de los ciudadanos.

Los cambios generados en la concepción del Estado han dado un vuelco ante el avance de los procesos tecnológicos que comunican fácilmente a las personas y la información trasciende los territorios de las naciones.

Buena parte de la clase política suele practicar una adulación del pueblo, al que no sitúan en ningún horizonte de responsabilidad. Pocos hablan de las amenazas democráticas a la democracia las que proceden de la participación sin igualdad efectiva y las expectativas exageradas.

VII. LA CIUDADANÍA COMO ACTOR QUE PROTEGE SUS DERECHOS EN DEMOCRACIA

La crisis actual de la democracia puede deberse a que algunos de sus valores han dejado de funcionar equilibradamente, en este caso el principio de libertad y de participación se han disociado: la competencia contrasta con las limitaciones en las que la política debe desenvolverse y las expectativas de participación no son compatibles con la complejidad de los asuntos.

A las personas no les resulta interesante lo que se le comunica desde el poder, ya algunas cosas ya las ha oído por las redes. La causa de que el debate esté protagonizado por ingenuos y sónicos se debe a que las cosas no funcionan según la definición simplista de la democracia que manejamos, ni de invocar al soberano, al pueblo, la indepen-

dencia, de allí que no tengamos tanta crisis de la democracia como una crisis de la teoría de la democracia. Superar esta ruptura requiere, de entrada, un ejercicio de renovación conceptual.

“La democracia ha vivido la mayor parte de su historia de glorias pasadas ahora debes sobrevivir reformulando su función en el mundo actual y en el futuro.”

La democracia es un conjunto de valores y procedimientos que hay que saber orquestar y equilibrar (participación ciudadana y las elecciones libres a juicio de los expertos, soberanía nacional, protección de las minorías, primacía del derecho, autoridades independientes, rendición de cuentas, deliberación, representación (Jabermas 2011). No hay democracia sin popularidad efectividad, legalidad, pero tampoco donde una de esas se impone o excluye a las otras, la democracia se degrada cuando se absolutiza el momento plebiscitario, pero también cuando entregamos el poder a los expertos, e impedimos la circulación de las élites o cuando entendemos la democracia como soberanía nacional, impermeable a cualquier obligación más allá de nuestras fronteras, por esta razón a tales amenazas en nombre de la democracia, a su mutilación simplista, sólo se les hace frente con otro concepto de democracia más completo, más complejo.”³⁴

Aunque suene paradójico, no hay otro sistema que el indirecto y representativo a la hora de proteger a la democracia frente a la ciudadanía contra su inmadurez, debilidad, incertidumbre, e impaciencia. La democracia es demasiado importante como para dejarla en manos del político o incluso de un pueblo que vote en referéndum. Democracia no es la presencia de los ciudadanos en los lugares donde se toman las decisiones, sino más bien el hecho de que las instituciones electivas y los electos puedan ser juzgados por la ciudadanía.

La enseñanza fundamental del pensamiento complejo y no lineal para la política es que no estamos en unas sociedades en la que a cada acción le sigue un resultado seguro y predecible, por lo que cualquier proyecto de intervención sobre ellas tendrá que aprender a desenvolverse con estrategias más reflexivas y sutiles, gestionando la incertidumbre creciente en cuanto a la eficacia de sus intervenciones.

Toda intervención en un sistema con su propia dinámica es problemática, porque cuanto más complejo es un sistema menos transparente es para quien lo observa o interviene desde fuera e incluso para sí mismo.

Lo que hace a la política tan complicada en un contexto de complejidad es que sus fines no pueden ser especificados *a priori*, que nadie los conoce previamente, ni los individuos ni el Gobierno, sino que se desarrollan endógenamente; emergen en la medida en que el sistema evoluciona. El objetivo del Gobierno consiste precisamente en crear un entorno en el que la sociedad pueda reflexionar acerca de lo que quiere para sí.

La política no es sólo un acto intencional. Es un tipo de acción que se lleva a cabo en medio de fenómenos emergentes, dinámicas imprevisibles, externalidades difícilmente identificables y movimientos de auto-organización. Por si fuera poco, hay que tener en cuenta que no siempre coincide lo que uno quiere con lo que uno cree que quiere o dice que quiere.

³⁴ Innerarity, Daniel. *Una Teoría de la Democracia Compleja. Gobernar en el Siglo XXI*. Galaxia Gutenberg, 2020, p. 41.

El mundo de las intenciones es el de la mecánica newtoniana; el mundo de la acción en contextos de interdependencia, sentido y complejidad es un mundo post newtoniano, cuya filosofía política está por completar.³⁵

CONCLUSIONES

Como hemos mencionado, el Estado es la sociedad política de las personas que lo integran que bajo el principio de libertad, tiene como fin democrático que todos sean libres y tengan las capacidades y oportunidades en ejercicio de sus derechos y deberes, con poderes de fuerza de cumplimiento.

Por esta razón, el clamor público demanda las reformas como un impulso ideológico, ya no de que el Estado se abstenga de actuar para dar más libertad a los ciudadanos, lo que reclama es que el Estado actúe ante todo una serie de acuciantes problemas sociales y económicos.

El valor de las estructuras institucionales y las condiciones en que pueden o no responder a los fines de quienes las crearon están hoy cuestionadas por los ciudadanos. El concepto de equilibrio entre el cuerpo ejecutivo y legislativo o entre el parlamento y el gobierno se ha convertido en el debate dominante constitucionalmente. La antigua idea de Constitución equilibrada, el balance de los poderes y la forma de gobierno parlamentario, como vía intermedia, que evitará las desventajas de las dos posiciones extremas sopesando los elementos del Estado, para llegar a un equilibrio, ha caído en disputas políticas que han caído entre intereses de partidos. Lo cierto es cómo evitar la dictadura legislativa o la autocracia.

La sociedad a veces no entiende que el poder legislativo y la ley, son elementos no sólo centrales, primarios y preponderantes, sino determinantes de la estructura y funciones del Estado, porque es a partir de ellos que se determinan los otros poderes y funciones, hasta el punto que el poder público en su conjunto se ha entendido como el mecanismo o sistema de aplicación de la ley.

El parlamento es, pues, el soberano real: respecto de los demás poderes en cuanto sólo pueden actuar como comisionados suyos, con una naturaleza distinta de poder, por tanto, el resto de los poderes lo que tienen son competencias.

Este sometimiento a los poderes del Estado y a la ley implica regulación por parte de las normas la relación (separación) Estado-Sociedad, en cuanto supone, por un lado, que el Estado actúa conforme a leyes (*sub lege*) y por el otro, a través de las leyes (*per legem*) con lo que se establecen las bases para la libertad e igualdad ciudadanas y se define de una parte, el marco y cause del ejercicio del poder así como la protección de los derechos y libertades en lo que se ha considerado el surgimiento del sentido técnico-jurídico del derecho subjetivo como creación del derecho objetivo.³⁶

Ley es, pues, el acto a través del cual adquieren forma las decisiones del parlamento, y es el superior acto jurídico, después de la Constitución. A la supremacía jurídica del parlamento corresponde la supremacía jurídica de la ley.

³⁵ *Ibidem*, p. 78.

³⁶ Cabo Martín, Carlos de. *Sobre el Concepto de Ley*. Editorial Trotta. Colección Estructuras y derecho. Serie Derecho, pp. 17,18 y 31.

Resulta, pues, que el supuesto que hace posible esta concepción de libertad, en cuanto al aparato jurídico-político que implica, sólo puede configurarse como tal a partir de una libertad ciudadana efectivamente ejercida y su objetivo y función es, así mismo, la defensa de esa libertad.

5. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN Y LA INICIATIVA LEGISLATIVA CIUDADANA

José ARAUJO-JUÁREZ*

Resumen: El modelo de democracia representativa descansa, en buena medida, sobre dos instituciones: el Parlamento y los partidos políticos, y frente a los cuales las críticas no hacen sino aumentar. Solo si se acrecen las instituciones de carácter participativo –no limitado al momento de las elecciones– en los procedimientos parlamentarios (tales como la iniciativa legislativa ciudadana), como complemento de la democracia representativa y no como modelo “alternativo”, se fortalecerá el Estado democrático y se reducirá la desafección política del ciudadano.

Palabras claves: Parlamento, democracia representativa, crisis, democracia directa, iniciativa legislativa ciudadana.

Abstract: The model of representative democracy rests, to a large extent, on the following two institutions: Parliament and political parties, and against which criticism is only increasing. Only if participatory institutions –not limited to the moment of elections– are increased in parliamentary procedures (such as the citizen's legislative initiative), as a complement to representative democracy and in no way as an “alternative” model, will the Democratic state and the political disaffection of the citizen will be reduced.

Key words: Parliament, representative democracy, crisis, direct democracy, citizen's legislative initiative.

INTRODUCCIÓN

§1. Planteamiento de la cuestión — La reflexión sobre la “participación” y el Parlamento¹ –o quien haga sus veces–, resulta particularmente oportuna, en unos momentos en los que determinados acontecimientos históricos y la *praxis* de las democracias “realmente existentes” –permítaseme la expresión– han puesto en evidencia la “crisis”, en el sentido más amplio del término, de bastantes de las categorías políticas y jurídicas sobre las que reposa una forma de Estado: el Estado democrático, y frente al que hoy por hoy nos preguntemos, el porqué de la desafección de los ciudadanos “de a pie” con el Parlamento y los partidos políticos. De hecho, es la desafección política la que ha

* Profesor de Postgrado e Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, Caracas, Venezuela. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, y Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Correo electrónico: jaraujojuares@gmail.com.

¹ Ver por todos en Derecho venezolano a Aveledo, R.G. *Manual de Derecho Parlamentario*, 2^{da} edición. UCAB-UMA, Caracas, 2018.

provocado que en las últimas décadas se haya planteado, sobre todo desde la doctrina, la necesidad de una reflexión y una revisión de principios tan nucleares como el principio “democrático”, en general, y el principio “de participación”, en particular.

Es bien sabido que muy autorizados estudiosos de la ciencia política se hayan dedicado en las últimas décadas al análisis de la teoría de la democracia: las contribuciones de N. Bobbio, R.A. Dahl, R.G. Dahrendorf, M. García Pelayo, G. Sartori, A. Touraine (sin ánimo de agotar la lista), son una buena demostración de la intensidad y calidad que la reflexión intelectual ha alcanzado desde muy diversas perspectivas, y en ocasiones respecto de problemas más o menos singulares, el momento presente de los Estados democráticos.

Por su parte, G. Jáuregui² en el epílogo de su obra concluye: “En el momento presente, la democracia se halla sometida a un doble reto. De una parte, debe actualizar y profundizar el contenido de sus fines, adecuándolos a los valores sociales, éticos y culturales vigentes. De la otra, debe llevar a cabo una profunda transformación de las bases institucionales en las que se asientan los vigentes sistemas democráticos. En ello le va la propia supervivencia”. Ello pasa, necesariamente, por una relectura de la Constitución (en adelante C)³ y del Reglamento Interior y Debates de la Asamblea Nacional (en adelante RIDAN)⁴, una vez efectuado un análisis de las circunstancias políticas actuales y de las demandas sociales, enfocadas en los últimos años en introducir e impulsar una nueva forma de entender y poner en práctica la democracia, según analizaremos en esta contribución conmemorativa de los 20 años de publicación de la Constitución.

§2. Metodología — Pero hemos de preguntarnos ¿Cuál ha sido el modelo de democracia consagrado por la Constitución? ¿Cuál el grado de cumplimiento de la Constitución en ese bloque de las normas dirigidas a introducir y garantizar el “derecho de participar libremente en los asuntos públicos” (Art. 62 *eiusdem*), de modo concreto los del Parlamento, dentro de la proclamada voluntad del pueblo de Venezuela de “establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica” (Preámbulo)? ¿Es que se han promulgado leyes de desarrollo, se han modificado instituciones o innovado técnicas de relación entre los ciudadanos y el Parlamento, según mandato del Art. 70 *eiusdem*? ¿Ha crecido la convicción ciudadana acerca del aumento de su efectivo control sobre la gestión pública parlamentaria?

Bastaría remitir aquí a la experiencia no ya del estudioso, sino de “el hombre de la calle” o “el hombre común” —que describiera S. Romano⁵ como poseedor del *ius murmurandi*—, para verificar que en estos 20 años de vigencia de la Constitución, no se han producido desarrollos legislativos ni transformaciones parlamentarias notorias con el propósito de garantizar y facilitar la participación ciudadana parlamentaria, no solo formal sino material.

² Jáuregui, G. *La democracia en la encrucijada*. Editorial Anagrama. Barcelona, 1994.

³ La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue aprobada mediante Referendo de fecha 15-12-1999 y publicada en G.O. N° 36.600, y después publicada con correcciones en Gaceta Oficial N° 5.453 Extr., de fecha 24-03-2000.

⁴ Gaceta Oficial N° 5.789 Extr., de fecha 26-10-2005.

⁵ Romano, S. *Fragments de un Diccionario jurídico*, trad. esp. Buenos Aires 1964, p. 199 a 201.

Un balance de resultados revelará, además, una “captura” del principio participativo en prácticamente todos los planos de su aplicación en estas últimas 2 décadas.

Quedan así sucintamente apuntadas las ideas-clave del tratamiento del fenómeno de la ideología de la participación ciudadana. Sin embargo, no entraremos ahora en su desarrollo general, puesto que nuestro objetivo es realizar una lectura exegética de las normas relativas a la participación ciudadana “parlamentaria” –y de sus concordantes– que contienen las fuentes parlamentarias. Basta a nuestros efectos indicar lo antedicho, como telón de fondo necesario del análisis jurídico que ahora se inicia, que para una mayor claridad la dividiremos, así: 1ro., la democracia representativa; 2do., la participación ciudadana; 3ro., el Parlamento abierto; 4to., la iniciativa legislativa ciudadana; y por último, 5to., la conclusión.

I. LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

1. *Estado democrático*

§3. Introducción — Con respecto a la recepción constitucional de la cláusula “democrático”, la Constitución formal y expresamente declaró al modelo de organización jurídico-político de la República Bolivariana de Venezuela como un Estado “democrático” –además de social de Derecho y de Justicia según el Art. 2 de la C–, que es una de las aportaciones –en el orden jurídico-político– más significativas de la Constitución.

El principio democrático, en efecto, si bien tiene un contenido nuclear en su mera proclamación constitucional (Art. 2 de la C) –ya que goza en la cultura jurídica de un sentido inequívoco, al menos como regla de procedimiento en los diversos niveles de la formación de la voluntad estatal–, carece de concreción al margen de los preceptos que lo vivifican y desenvuelven. Sin embargo, no cabe duda de que, una vez así configurado, el principio democrático ha de presidir la interpretación no sólo de la totalidad del Ordenamiento –en tanto que principio estructural del mismo– sino, incluso, de cada una de las normas constitucionales que contribuyen a su concreción y de las cuales concluye por autonomizarse.

Así las cosas, en primer lugar, el denominado Estado democrático supone una específica postura sobre la residencia –popular o democrática, en este caso– de la soberanía. A este punto se refiere el Art. 5 de la C, cuando afirma que “la soberanía reside en el pueblo venezolano”, aparte de otros artículos en los que se incide, directa o indirectamente, sobre el mismo tema, muy distinto al concepto de soberanía nacional en la doctrina y en la historia del constitucionalismo moderno.

Implica, en segundo lugar, una peculiar concepción pluralista de la realidad social, porque frente a la misión unitaria y monolítica que acompaña a los regímenes autoritarios, toda democracia conlleva la comprensión de la sociedad como algo plural y diverso, en donde se dan cita con autonomía y libertad los grupos y sectores sociales más distintos.

Por último, exige una singular comprensión participativa del proceso político, como se deduce del Art. 5 de la C, según el cual 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”.

En conclusión, el modelo del Estado democrático constituye dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, la columna sustentadora de la participación. Cosa distinta es que en la realidad política y en la práctica parlamentaria y forense, el Estado no se conduzca como tal en su funcionamiento y en su actuación, o que el “régimen político” o “régimen ideológico” específico de turno imponga en la práctica, un modelo distinto al Estado democrático por vía interpretativa de la Constitución, en perjuicio de los intereses públicos, derechos y libertades de las personas, negando así el principio democrático, lo cual nos lleva a responder a la pregunta sobre cuál modelo de democracia consagra la Constitución

2. *Democracia representativa*

§4. Planteamiento general — En un primer momento, en el surgimiento de la democracia, la finalidad fue resolver la lucha entre la democracia “directa” que propugnaba con brillantez J.J. Rousseau⁶, y la democracia “representativa” que defendía el barón de Montesquieu⁷, y como es sabido, son las dos figuras notables de la Ilustración francesa que representan las dos formas de expresarse el modelo democrático.

L. Aguiar de Luque⁸, con buen criterio señala que la opción de democracia directa sustentada por Rousseau, en nuestros días sólo es posible explicarlo con relación al sistema representativo de Montesquieu, de manera que de su síntesis surgirán las instituciones de participación directa incardinadas en un sistema básicamente representativo.

Ahora bien, para entender la evolución del modelo de democracia representativa y su presente, J. Tudela Aranda⁹ nos recuerda que, en buena medida, el mismo gravita sobre dos instituciones esenciales. Por un lado, el propio “Parlamento”¹⁰, donde la representación se hace cuerpo, y por el otro, los “partidos políticos” que tienen la función de ser los intermediarios de la pluralidad social para convertirla en decisión política en el mismo Parlamento y en el Gobierno. De ahí que la salud de una democracia representativa en gran parte descansa en el aprecio que estas dos instituciones sean capaces de generar entre los ciudadanos.

Finalmente, sostiene M. Aragón¹¹, razones prácticas (y razones teóricas, bien expuestas por H. Kelsen¹² y E.W. Böckenförde¹³, por citar sólo dos autores) conducen a la conclusión de que no hay más democracia posible (efectiva) que la democracia representativa. En efecto, la tópica contraposición entre la democracia directa (como democracia “auténtica”) y la democracia representativa (como “defectuosa” democracia), no

⁶ Rousseau, J.J. *El contrato social*. Edaf, Madrid 1982, p. 161.

⁷ Montesquieu, Ch. L. de Secondat, Barón de, *Del Espíritu de la Leyes*. Tecnos, Madrid 2003.

⁸ Aguiar De Luque, L. *Democracia directa y Derecho Constitucional*, EDERSA, Madrid 1977, p. 21.

⁹ Tudela Aranda, J. “La democracia contemporánea. Mitos, velos (y presuntas) realidades”. En *REDC*, núm. 111, 127, 2017.

¹⁰ Sostiene Aveledo que democracia y Parlamento van indisolublemente unidos; sin democracia no hay Parlamento, y viceversa. *Ob. cit.*, nota 1, 49 y 50.

¹¹ Aragón, M. En *Working Paper*, núm. 32. Barcelona 1991, p. 2 y 16.

¹² Kelsen, H. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona, Edit. Labor, S.A.-Barcelona-Buenos Aires 1934, p. 48 y ss.

¹³ Böckenförde, E.W. *Demokratie und Repräsentation. Zur kritik der heutigen Demokratie-discussion*, Cit. por Aragón, M. *Ob. cit.*, nota 11. 1983.

puede salvarse acudiendo al también tópico expediente de razonar que una cosa es el ideal, la teoría, y otra la práctica, y que la mala o defectuosa realización práctica no puede refutar la buena teoría. El único modo de enfrentarse seriamente con el problema es negando esa falsa contraposición. No cabe, continúa Aragón, separar lícitamente, de esa manera, la teoría de la práctica, pues una teoría que no asuma y no reelabore conceptualmente la observación y la experiencia de la realidad y de los procesos de “realización”, sino que, por el contrario, se limite a construir afirmaciones inatacables y no experimentadas sobre la base de premisas generalísimas, es simplemente una mala teoría.

§5. Derecho positivo — Con el surgimiento del Estado liberal-constitucional y el reconocimiento del dogma de la soberanía popular, todas las Constituciones de Venezuela desde 1811, adoptan el modelo de democracia representativa. También la Constitución vigente al señalar lo siguiente:

Artículo 5. 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.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

Ahora bien, a diferencia de lo que sostuvimos en otra oportunidad¹⁴, no existe una fórmula constitucional mixta entre la democracia representativa y la democracia directa, que se concibiría como democracia “participativa”. Por el contrario, el modelo de democracia representativa es el que está incluido en el Art. 2 de la C, al proclamar que Venezuela se constituye en un “Estado democrático”; en el Art. 5 *eiusdem* al declarar el principio de soberanía popular que “reside intransferiblemente en el pueblo” y, por tanto, todos los ciudadanos; y, finalmente, en el Art. 3 *eiusdem* al disponer que el Estado tiene como fines esenciales, entre otros, “la defensa y el desarrollo” del “ejercicio democrático de la voluntad popular”.

La representación del Estado democrático implica que para conformar cualquier institución del Estado con representantes del pueblo, la elección es obligatoriamente por “votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional” (Art. 186 de la C), que se articula a través de un sistema electoral, que nutre, principalmente, al Parlamento, aunque también hace también representativo, sin duda alguna, al Gobierno (Art. 228 de la C). Este hecho ha sido suficientemente puesto de manifiesto cómo para precisar más análisis (A. R. Brewer-Carías y J.C. Rey)¹⁵.

¹⁴ Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo Constitucional*. CIDEP-EJV, Caracas 2017, p. 267.

¹⁵ Ver en esta misma obra Brewer-Carías, A.R. “El principio de la soberanía popular, el republicanismo y el gobierno democrático representativo”. En *Principios fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales* (Coords. A.R. Brewer-Carías, y J. Araujo-Juárez). EJVI, Caracas 2020; Brewer-Carías, A.R. “La democracia representativa y la falacia de la llamada “democracia participativa”. En *Estudios de Derecho Electoral. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Fernández Ruiz, J. (Coordinador), Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Facultad de Estudios Superiores Aragón, Facultad de Derecho Y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, México 2011; y Brewer-Carías, A.R. “La inconstitucional reglamentación por el Consejo Nacional Electoral de un sistema electoral “indirecto” y “a mano alzada” para la elección de los tres diputados de representación indígena a la Asamblea Nacional”. En VV.AA. *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de diciembre de*

En tal sentido, la representación del Estado democrático está necesaria e inmediatamente vinculada a una de las manifestaciones de la participación de los ciudadanos: la elección de representantes por sufragio universal. Sin embargo, no vamos a entrar aquí en el estudio del sistema electoral¹⁶. Lo que nos interesa destacar es que este tipo de participación, la participación política *stricto sensu* que se manifiesta a través de fórmulas electivas, se concreta a través de la mediación que entre el cuerpo electoral y el Parlamento-Gobierno realizan los partidos políticos, “instrumento fundamental” de dicho tipo de participación. Los partidos son, pues, los sujetos más próximos a la participación política.

En definitiva, no hay, pues, un “modelo de democracia directa” en la Constitución. A pesar de ello, como examinaremos más adelante, esta opción no cierra el paso de una concepción más abierta de la participación ciudadana o democrática, mediante una regulación de muy diversas instituciones de ejercicio de la soberanía directa “en la forma prevista en esta Constitución y en la ley” (Art. 5 *eiusdem*). Pese a esto, es posible afirmar que tras un tiempo de erosión lenta y muchas veces no visible, se han levantado los velos, y la crisis de la democracia representativa y de sus principales instituciones es innegable, según pasamos a analizar.

3. Crisis de la democracia representativa

§6. Planteamiento de la cuestión — La democracia representativa ha estado puesta en cuestión desde el mismo día en que vio la luz. Desde la advertencia que Rousseau¹⁷ hiciera sobre la democracia de los ingleses —“El pueblo inglés cree ser libre y se engaña: está muy equivocado; lo es solamente durante la elección de los miembros del Parlamento; pero tan pronto como *son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada*”— hasta los defensores de la “ciberdemocracia”¹⁸, pasando por C Schmitt¹⁹ que entendía que la democracia solo era posible si hay identidad entre el pueblo y los órganos políticos de decisión —“forma parte, necesariamente, de la democracia, primero, la homogeneidad, y, segundo (en caso necesario) la separación o aniquilación de lo heterogéneo”—, se han vertido muchas críticas a la democracia representativa.

En efecto, de acuerdo con Tudela Aranda²⁰, las referencias a la “crisis” de la democracia representativa se han multiplicado en los últimos años. El Parlamento y los parti-

2020. ACIENPOL-EJVI, Caracas 2020, p. 149 y 150; y Rey, J.C. “Los tres modelos venezolanos de democracia en el siglo XX”. En *La Democracia Venezolana y sus acuerdos en los cincuenta años de su convenio con la Santa Sede*. Konrad Adenauer Stiftung - Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2015, 9-34.

¹⁶ Véase AA.VV. *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*. ACIENPOL-EJVI, Serie Estudios 124, Caracas 2020.

¹⁷ Rousseau, J. J. *Ob. cit.*, nota 12, 161. *Cit.* por Bobbio, N. *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica, México 1986, p. 32.

¹⁸ Masuda, Y. *La sociedad informatizada como sociedad postindustrial*. Tecnos, Madrid 1984, pp. 120-127.

¹⁹ Schmitt, C. *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*. Tecnos, Madrid 2008, p. 22 y 23.

²⁰ Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, 127. En el mismo sentido Rey, J. C. *El sistema de partidos venezolano, 1830-1999*. Centro Gumilla – Universidad Católica Andrés Bello, 2009; Rey, J. C. (2015). “Los tres modelos de democracia venezolana en el siglo XX”, disponible en www.academia.edu/15453850/;

dos políticos han concentrado una buena parte de las críticas. Fundamentalmente, su defectuoso e ineficaz funcionamiento sería causa de la desafección política de los ciudadanos.

Sin embargo, esta forma de organización política ha demostrado ser la mejor de las conocidas para garantizar la participación de los ciudadanos, legitimar los poderes del Estado y, finalmente, contribuir a una sociedad más desarrollada, generadora de alta calidad de vida para los ciudadanos. El Parlamento sirve a la democracia porque es la institución que tiene encomendado hacer presente la voluntad popular. También aquí, desde la encendida defensa del sistema hecha por Kelsen²¹, el Parlamento —allí donde realmente ha funcionado— ha resistido los envites de las críticas y ha evolucionado adaptándose a los nuevos tiempos para el mejor funcionamiento de la democracia representativa.

§7. Causas de la crisis — Es una obviedad, pero nada inútil, recordar que las Constituciones y las instituciones que conforman el sistema orgánico de cualquier país son sujetos políticos que, como la sociedad misma, están muy determinados por las circunstancias en las que fueron ideados, así como fuertemente afectados por el paso del tiempo y los cambios que éste provoca.

En este orden de ideas, Tudela Aranda²² sostiene que la idea y las expresiones “crisis del Parlamento” o de “la democracia representativa está en crisis”, se han escuchado en los últimas décadas por doquier y son un lugar común antiguo. Que no sería exagerado decir que el Parlamento se encuentra en crisis desde que nació como institución moderna (A. Manzella²³) y que, en consecuencia, algo similar se puede predicar de la democracia representativa. En el mismo sentido R. Blanco Valdés²⁴ sostiene que como institución central de la política en la democracia representativa, el Parlamento va a concentrar todas las críticas que esta reciba a través de diferentes formas de expresión, dependiendo de los momentos históricos y de países.

En cualquier caso, y en lo que a este punto interesa, hay que entender que las denuncias realizadas sobre la institución parlamentaria, son denuncias también históricamente recurrentes sobre los partidos políticos (Blanco Valdés²⁵), lo que ha provocado que se haya desdibujado el papel del Parlamento como institución central del sistema político y haya pasado a ser solamente uno de los escenarios, en el que se representa, en el sentido teatral del término, la confrontación entre los partidos políticos

y Brewer-Carías, A-R. *Los problemas del Estado de Partidos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1988, p. 41.

²¹ Kelsen, H. *Ob. cit.*, nota 12, 48.

²² Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, 125. En Venezuela Aveledo, G.R. *Ob. cit.*, nota 1, 6.

²³ Manzella, A. “La evolución de las instituciones parlamentarias”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1989, p. 361.

²⁴ Blanco Valdés, R. “La caída de los Dioses: de los problemas de los partidos a los partidos como problemas”. En *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, 149-182.

²⁵ Blanco Valdés, R. *Las conexiones políticas: partidos, Estado, sociedad*. Alianza Editorial, Madrid 2001, p. 32 y 33.

(O. Sánchez Muñoz²⁶) y así, el Parlamento se reparte las críticas con los partidos políticos, con intensidad similar.

En todo caso, para Bobbio²⁷ no toda crítica al sistema de democracia representativa conduce, sin más, a la democracia directa. De ahí que, con mayor o menor intensidad, el modelo de democracia representativa ha convivido con la crítica. Ciertamente es que, a pesar de ello, el modelo de democracia representativa se consolidó y extendió de forma casi universal, hasta el extremo de alcanzar una posición que bien podía calificarse de paradigma (F. Fukuyama²⁸).

Ahora bien, la crisis de la democracia representativa tiene junto a causas “ordinarias”, propias del mal funcionamiento de los sujetos políticos, otras causas “extraordinarias” relacionadas con la inadecuación entre el modelo institucional y la transformación social acaecida en los últimos años. Una profunda conjunción que hace temer que la crisis se extienda desde las dinámicas de la democracia representativa a las propias convicciones democráticas.

Así las cosas, el verdadero problema que subyace a la crisis de la democracia representativa sería un déficit de representatividad ocasionado, a su vez, por un “déficit de participación”. De la misma manera, la denunciada desafección política tendría como una de sus primeras causas, el “pequeño espacio” que la democracia representativa, en su manifestación tradicional de tomar en cuenta al ciudadano para introducir cada x años, su papeleta en la urna. Un espacio que se empobrece aún más por el funcionamiento de unos partidos políticos que han expulsado el principio democrático de su propio seno. Solo si se acrecen los cauces de participación y, muy en particular, los cauces de participación directa de los ciudadanos, se devolvería la representatividad al sistema y, poco a poco, se corregirían sus problemas de fondo (Tudela Aranda²⁹). Más democracia y penetración del principio democrático en todos los ámbitos del hacer público, incluido el propio Parlamento.

De lo expuesto entiende Tudela Aranda³⁰, que la conclusión lógica es un deterioro severo, más que de la democracia representativa, de la “calidad” democrática, y que lejos de cuestionar la democracia o la democracia representativa, busca su reforzamiento. Cuestión diferente es que, como habrá ocasión de indicar, bajo el mismo, y en particular en algunas de sus versiones, sea visible una corriente que servirá de puerta a tendencias no tan entusiastas con el modelo de democracia representativa; o que la consecuencia indeseada de la reafirmación de los instrumentos de democracia directa, frente a la profundización en la democracia representativa, sea una erosión global del sistema democrático, como veremos de seguidas.

²⁶ Sánchez Muñoz, O. “Los partidos y la desafección política: propuestas desde el campo del Derecho constitucional”. En *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, p. 426.

²⁷ Bobbio, N. *Il Futuro della Democrazia*, Nuovo politécnico, Ed. Original, Torino 1985, pp. 58 y ss; y Bobbio, N. *Ob. cit.*, nota 17, p. 35.

²⁸ Fukuyama, F. *El fin de la historia y el último hombre*. Planeta, Barcelona 1992.

²⁹ Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, p. 133.

³⁰ Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, p. 149.

4. *Democracia directa*

§8. Planteamiento de la cuestión — Los primeros antecedentes de interés sobre las formas de democracia directa aparecen en la Revolución Francesa cuando, en su etapa de radicalización, predominan las ideas de Rousseau sobre las de los teóricos liberales, lo que implica la necesidad de encontrar fórmulas adecuadas para que el pueblo soberano pueda manifestar directamente su voluntad sin acudir a los representantes.

Fue Condorcet, como ha explicado J. Santamaría³¹, quien desarrolló el más notable intento de conciliar los principios de la democracia roussoniana sobre la necesidad de que la ley fuese expresión de la soberanía popular, con la exigencia de representación que imponía la realidad social del momento. En efecto, ya en esta primera formulación, la participación ciudadana parlamentaria manifiesta su vocación de ser compatible con las instituciones de democracia representativa, factor que condicionará toda su evolución posterior.

La consecuencia inmediata es que en los últimos tiempos se ha producido, un reforzamiento de aquellas tesis que coinciden en “rebajar” la calidad de la democracia representativa y, por el contrario, reforzar las supuestas bondades de la democracia directa (Tudela Aranda³²). Esta sería, se dice, un modelo democrático mejor y más completo. Por supuesto, hay matices en la intensidad de la reivindicación de la democracia directa. Es posible encontrar desde quienes propugnan su incorporación al normal desenvolvimiento del vigente modelo democrático representativo, como un complemento fuerte de los instrumentos de representación política, hasta quienes consideran que en el actual entorno debiera tener un rol protagonista (E. Saénz Royo³³).

Frente a una situación objetiva de degradación de la calidad del modelo de democracia representativa, fue natural que se reaccionase buscando fórmulas para paliar esa erosión. Fue así como pronto a partir de los años setenta, se inicia un replanteamiento de estas instituciones y aparecen en los nuevos textos constitucionales que van a regular con profusión diversas instituciones de democracia directa, en esa vocación de pretender suplir la crisis de la democracia representativa como instrumento de participación directa de los ciudadanos.

§9. Fundamento — El análisis realizado en favor de la democracia directa estará presidido por una poderosa corriente. La solución a la crisis de la democracia representativa exige el “empoderamiento” del pueblo. Más democracia. Democracia en su comprensión más simple. Democracia como poder del pueblo traducido en un pueblo que decide. Sin añadidos. De forma consciente o inconsciente, la búsqueda del reforzamiento del pueblo como sujeto decisor ha conducido a una paulatina erosión de las exigencias que acompañan al desenvolvimiento del principio democrático.

³¹ Santamaría, J. “Participación política y democracia directa”. En *Estudios de Ciencia política y Sociología. Homenaje al profesor Carlos Ollero*, Madrid 1972, p. 750-753.

³² Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, p. 133.

³³ Saénz Royo, E. ¿Es adecuado el referéndum como forma de participación política? Las recientes demandas españolas de participación política a la luz de la experiencia irlandesa. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 20, 2013, pp. 245-276.

Frente a los argumentos que se esgrimen, sostiene Tudela Aranda³⁴, la democracia directa como alternativa es, sin redundancia ni paradoja alguna, menos democracia. La perfección democrática no existe. No hay ningún sistema político que conjugue a la perfección todo aquello que se entiende por democracia. Necesariamente, ha de buscarse un juego de pesos y contrapesos. Y enumera: decisión de la mayoría; respeto a los derechos de una minoría que ha de disponer de los medios para ser mayoría; igualdad en la capacidad de influir en la decisión sobre quién ha de ejercer el poder; reversibilidad de las decisiones; reconocimiento de un amplio catálogo efectivo de derechos y libertades; control del poder y poder limitado; defensa de unos valores comunes de igualdad, libertad y justicia podrían ser algunos entre los fundamentales de los principios que sostienen la idea de democracia.

Por su parte, Jáuregui³⁵ reconoce la estrechez de los cauces que ofrecen los actuales sistemas políticos para la “participación” (casi siempre limitada al terreno electoral), pero no deja de alertar frente a los excesos en el ejercicio de aquélla que pueden perjudicar, en lugar de favorecer, el desarrollo democrático; resulta así que “el funcionamiento efectivo de los sistemas democráticos implica el mantenimiento de un adecuado y delicadísimo equilibrio entre la estabilidad y la participación”.

En tal sentido, Tudela Aranda³⁶ concluye señalando que ha sido un proceso relativamente rápido y es de temer que el presente forme parte de una etapa a la que no se debía haber llegado. Lo cierto es que el crecimiento de los movimientos populistas y nacionalistas que rechazan que la legalidad pueda ser un límite a las “legítimas aspiraciones del pueblo”, del pueblo que ellos dicen representar, es demostración fehaciente de ello. Una idea radicalmente incompatible con los postulados de la democracia representativa, y que llama a las puertas de otros fenómenos políticos que han resultado tanto inéditos como nefastos.

§10. Modelos de implantación — Acerca de cómo ha de plasmarse en la práctica la idea de participación, sostiene S. Muñoz Machado³⁷, apuntan dos líneas doctrinales. Una primera, preñada, quizá en exceso, de un radicalismo difícilmente practicable. Se trataría de sustituir el vigente sistema de democracia representativa, por otro de democracia directa que dejaría todas las iniciativas políticas y administrativas al pueblo; en este caso, la consunción del sistema vigente extinguiría también sus inconsecuencias y contradicciones. Sin embargo, cambio tan radical no parece hoy posible. Lo que si es viable, es complementar el sistema de democracia representativa con instituciones de democracia directa, desplazando simultáneamente la discusión de los problemas colectivos del centro a la periferia, permitiendo que las pequeñas unidades —como pueden ser las asociaciones de vecinos—, intervengan en la definición del interés general, ya que en ellas son los propios ciudadanos los que discuten y deliberan (Bobbio³⁸).

³⁴ Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, p. 146.

³⁵ Jáuregui, G. *Ob. cit.*, nota 2.

³⁶ Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, p. 144.

³⁷ Muñoz Machado, S. “Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”. En *RAP*, N° 84, 1977, p. 531

³⁸ Bobbio, N. *¿Qué socialismo?* Trad. esp. Plaza & Janés, Madrid 1986.

A la idea de la pretendida sustitución del sistema de democracia representativa por otro de democracia directa, sostiene S. Muñoz Machado³⁹, cuadra bien la apreciación de Schmitt-Glaeser⁴⁰ de que estamos viviendo momentos de “euforia participativa”; mucho camino ha de andarse aún hasta llegar a realizar, por ejemplo, lo que R. Barcellona, y G. Cotturri⁴¹ se han adelantado a denominar la “socialización del poder normativo”. De momento, parece más realista defender, como ha hecho Bobbio⁴², recogiendo una idea bastante generalizada entre la mejor doctrina, la validez de determinadas instituciones de democracia directa, de acuerdo con las diversas situaciones y las diferentes necesidades, solo como “complemento” del modelo o sistema representativo. Es precisamente esta segunda corriente doctrinal la que ha descrito con mayor acierto el alcance de la idea de participación (al margen del referido reforzamiento de la participación política con fórmulas de democracia directa) en el seno del Parlamento. No es que con la participación se vaya a sustituir o eliminar totalmente la decisión soberana e irresistible que está encomendada a la ley (E. García De Enterría⁴³).

§11. Conclusión — Es en esta conjunción donde, sostiene Tudela Aranda⁴⁴, surgen signos que hacen plausible elevar una señal de alarma. Es la misma democracia la que se encuentra en crisis como valor compartido. El éxito de partidos políticos de carácter populista o nacionalista, de izquierda o derecha, que subvierten abiertamente presupuestos esenciales de la democracia es un aval fácil para esta tesis. Y en los supuestos donde han alcanzado el poder, su acción de gobierno es claramente contraria a los principios y valores de la democracia.

En conclusión, la crisis de la democracia representativa por el mal hacer de sus protagonistas ha abierto paso a un resucitar de la llamada democracia directa, “participativa” o “de calle”. Solo la defensa de la participación ciudadana —que no popular—, en el sentido más amplio del término, como garantía de la limitación y control del poder, y la firme creencia en el ciudadano “activo”, que ya se nos aclara no es sinónimo de “militante”, como verdadero protagonista de la participación parlamentaria propuesta, son las ideas claves a tomar en cuenta. Lo deseable sería una convivencia del modelo de democracia representativa con una ampliación de las posibilidades participativas⁴⁵. Se trataría, en definitiva, de la sólida convicción de la existencia, no de un modelo democrático “alternativo” (a saber, la democracia directa, participativa o de calle), sino de instituciones participativas ciudadanas superadoras de las muchas limitaciones que conocen las democracias avanzadas “realmente existentes”.

³⁹ Muñoz Machado, S. *Ob. cit.*, nota 38, p. 532.

⁴⁰ Schmitt-Glaeser, W. “Partizipation an Verwaltungsentscheidmugen”. En *Veröffentlichungen derVere-nigneng der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Helft, 31, Berlín, 1973. *Cit.*, por Muñoz Machado, S. *Ob. cit.*, nota 38, p. 532.

⁴¹ Barcellona, R, y Cotturri, G. *El Estado y los juristas*. Trad. esp., Madrid 1976.

⁴² Bobbio, N. *Ob. cit.*, nota 17, p. 40.

⁴³ García de Enterría, E. *La participación del administrado en las funciones administrativas*, en homenaje a S. Royo Villanova, Madrid 1977.

⁴⁴ Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, p. 150.

⁴⁵ Avelledo, R.G. *Ob. cit.*, nota 1, p. 41.

II. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

1. *Consagración constitucional*

§12. Introducción — Como cuestión previa se observa que, por cuanto el principio democrático constituye “norma fundamental” o principio de legitimación radical del sistema democrático –A. Garrorena Morales⁴⁶–, será también principio de articulación de la sociedad con el poder, donde se incluirían los principios de pluralismo, de participación, así como principio de organización del poder, que rige la organización y funcionamiento de sus instituciones clave.

En tal sentido, la participación “ciudadana” o “democrática” constituye uno de los pilares básicos de cualquier sistema democrático. Sin ella, la democracia quedaría reducida a una mera fórmula burocrática y no a un sistema vivo y dinámico tal y como debe ser. Por ello, es importante que los ciudadanos intervengan en los procesos políticos y administrativos de decisión y de gestión, tanto de forma individual como organizada. Así, pues, nuestro objeto de estudio en este Capítulo se refiere, en general, a la capacidad de los ciudadanos de intervenir en los asuntos públicos, que en nuestro caso no son otros que los propios del Parlamento.

Ahora, la participación ciudadana admite muchas modalidades. A tal efecto, podríamos, a grandes rasgos, diferenciar dos tipos de participación, la representativa y la no representativa. Sin lugar a dudas, la primera forma de participación es la que se canaliza a través de la “representación política” y, en primer término, de la institución que la encarna: el Parlamento. Todos los sistemas democráticos vigentes son de este tipo, esto es, no son democracias directas sino representativas, en las que, en principio, los ciudadanos no toman directamente las decisiones, sino que las confían a un grupo reducido de ciudadanos a los que ellos mismos eligen con el encargo de que asuman esa responsabilidad (esto no excluye algunas fórmulas concretas de participación directa). En la representación política se refleja claramente el principio democrático basado en el principio de la soberanía popular, que nuestro sistema constitucional recoge en el Art. 2 de La C según quedó más arriba analizado.

En la segunda modalidad observamos el carácter participativo del ciudadano. En efecto, en el encabezamiento del Art. 62 de la C se concreta la participación en los siguientes términos: “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes elegidos o elegidas”, y la obligación atribuida a los poderes públicos de contribuir activamente a su realización así: “Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

Con tales premisas, en las líneas que siguen se intenta exponer esquemáticamente la naturaleza y las consecuencias políticas y jurídicas de la participación ciudadana tal y como lo acoge la Constitución.

Hagamos hincapié ante todo en el carácter sintético de esta exposición, pues de lo que se trata es, más que nada, de apuntar unas ideas básicas sobre el tema y señalar las

⁴⁶ Garrorena Morales, A. Voz: “Estado democrático”, en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, 1.1, Madrid 2001, p. 110 a 112.

líneas maestras de su tratamiento constitucional, dejando para otro momento o para trabajos posteriores, el análisis detenido de cada una de las múltiples facetas que lo componen.

2. *Naturaleza de la participación ciudadana*

§13. Planteamiento de la cuestión — La institución de la participación ciudadana no es una elección. Es un mandato constitucional derivado del principio democrático, que recoge a texto expreso el Art. 2 de la C. Una sociedad crecientemente activa e inquieta por el hacer y no hacer político, junto con un entorno moderno particularmente propicio, obliga a su revisión y a su fortalecimiento. Pero siempre desde una mirada crítica tanto de su régimen jurídico y político, como de su aplicación.

No debe olvidarse la natural tentación de convertir a la participación en un instrumento de legitimación del mismo, y un debilitamiento del modelo de las democracias representativas. También, por supuesto, desde el esfuerzo por limpiar esa participación ciudadana de cualquier adherencia o “captura” gubernativa⁴⁷.

Se impone ahora la tarea de concretar y facilitar, en mayor medida, la apertura de la participación ciudadana en sede parlamentaria dentro de este marco, para experimentar y reflexionar en torno a instituciones de participación que puedan aportar el impulso que las democracias actuales necesitan, tanto en términos de legitimidad como de cultura cívica. Para conseguir este objetivo es necesario analizar previamente, la forma en que nuestra Constitución recoge la idea de participación ciudadana, dado que la institución que nos ocupa constituye una concreción de la misma. Sólo con una finalidad analítica se pueden distinguir en nuestra Constitución dos acepciones distintas de la idea de participación: 1ro., como principio de organización política; y 2do., como derecho fundamental.

§14. Principio de organización política — La participación ciudadana en el conjunto de los asuntos públicos, se configura como un “principio” en la Constitución. Es en este plano en el que se encuadra el intento de M. Aragón⁴⁸, por precisar la eficacia normativa e interpretativa del elemento democrático partiendo de su naturaleza principal. En efecto, el “principio democrático” se define por su carácter igualmente material y estructural, siendo esa doble capacidad la que mejor define su cualidad de principio vertebral de la Constitución.

La clave de su operatividad se encuentra, sin embargo, en la distinción entre su consideración como principio jurídico-global del Ordenamiento, donde enlazaría con los valores materiales de libertad e igualdad, y su consideración como principio-

⁴⁷ Bajo la Constitución actual se ha producido una abundante normativa especial que afecta de manera inconstitucional a la participación ciudadana, al constreñirla a las instancias del denominado Poder Popular, el cual fuera rechazado por la mayoría electora mediante referéndum. Al respecto véase ampliamente Sánchez Falcón, E. “Las leyes del Poder Popular como el orden jurídico de una pretendida transición hacia el socialismo. Análisis crítico”. En RJSJC-ERGA OMNES, Caracas 2011; y Urosa, D. “Alcance e implicaciones del poder popular en Venezuela”. En *Anuario de Derecho Público*. IV-V. UMA. Caracas 2012. Después de haberse terminado este artículo aparece la obra de Blanco-Urbe, A. *El derecho humano a la participación ciudadana. Acerca de la promoción de ese Derecho por el Estado venezolano*, EJV, Caracas 2020.

⁴⁸ Aragón, M. *Constitución y democracia*, Madrid 1989, p. 104 y ss.

sectorial, esto es, “como principio específico de algunos sectores del ordenamiento reguladores de los órganos y procedimientos”⁴⁹, limitándose aquí a una dimensión puramente estructural.

Así concebido, el principio democrático reviste, sin duda, una naturaleza compleja, donde el sistema de democracia representativa puede conjugarse en diversos grados con la manifestación directa de la voluntad ciudadana. En este sentido, el principio de participación ciudadana se reconduce a la fórmula del Estado democrático. Será la intervención de los ciudadanos, de una u otra forma, en el proceso de determinación de las decisiones colectivas, lo que constituya al Estado en democrático. Ya veremos en qué medida y de qué manera, en buena parte deficitaria, se prevé tal intervención en nuestra Constitución en su relación con el Parlamento.

En conclusión, el principio de la participación comporta una revaloración del concepto de ciudadano, es decir, una nueva dimensión y un replanteamiento de su papel en la vida nacional, de tal forma que todo ciudadano tiene el poder-derecho de participar, no solo en la gestión y ejercicio del poder político, sino también en todos los otros canales y mecanismos de participación-gestión, para que en la práctica el principio democrático encuentre cabida en todos los ámbitos y planos del acontecer de los asuntos público—incluido el Parlamento—.

§15. Derecho de participación ciudadana — Por otro lado, la Constitución establece también la participación como un “derecho”, permitiendo que los ciudadanos participen de manera “activa” en la gestión pública, y en todos aquellos asuntos en donde puedan verse afectados directa o indirectamente.

La norma axilar es el Art. 62 de la C que establece:

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. [...]

Así las cosas, el derecho de participación ciudadana —directamente o por medio de representantes— es, entre otras cosas, una exigencia funcional del Estado democrático representativo, al que la Constitución ha protegido de modo particularmente enérgico mediante su configuración como derecho fundamental, pues la participación en los asuntos públicos, no se agota con el sistema de democracia representativa y así, principalmente, las nuevas opciones políticas han defendido “nuevas formas de hacer política”, precisamente, atendiendo a las demandas de los ciudadanos-electores que reclaman la necesidad de complementar el sistema de democracia representativa con nuevas instrumentos de participación ciudadana. Conscientes de la necesidad de recuperar a un electorado desencantado o decepcionado con la política y con aquellos que la dirigen, se busca en otras formas de participación directas o semidirectas, recomponer las relaciones entre representantes y representados.

En efecto, la participación ciudadana, aparte de ser un principio que informa la estructura y la actividad del Estado, se consagra además como un novedoso derecho fundamental de manera amplia según la Exposición de Motivos de la Constitución —en lo

⁴⁹ Aragón, M. *Ob. cit.*, nota 48, p. 108.

adelante EMC— y, además, un derecho de contenido político⁵⁰, pues considera al individuo en tanto que miembro de la comunidad política determinada, con miras a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas. En efecto, la participación designa un conjunto de actuaciones que el ciudadano realiza, no en cuanto titular de intereses particulares propios, sino como miembro de una comunidad, en defensa de intereses de carácter colectivo (E. García de Enterría⁵¹).

Por otro lado, el derecho de participación ciudadana ha sido consagrado en una serie de tratados internacionales —Art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y Art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos—, que al ser ratificados por Venezuela son parte integrante del Derecho interno.

Finalmente, la participación ciudadana en la gestión pública es según la jurisprudencia nacional⁵², un derecho fundamental, político y un deber social de todos los ciudadanos según sus capacidades, garantizado por la Constitución que le permite a la sociedad intervenir en la formulación, manejo y evaluación de las tareas del Estado, generando así un nuevo tipo de relaciones entre la sociedad y el Estado.

3. *Instituciones de participación ciudadana*

§16. Planteamiento del tema — Frente al modelo de democracia representativa, articulada a través de los partidos políticos como el modelo más extendido se fue consolidando —y no ya el modelo de democracia directa en la conformación de la democracia—, sino la creación de instituciones para el ejercicio y control del poder público, para superar muchos de los problemas que se manifiestan en la democracia representativa, y que no se convierten así —se insiste—, en modo alguno en un sustituto, sino solo en un “complemento”, mediante mecanismos y fórmulas de distinta índole que permiten la vinculación del ciudadano con los asuntos que le afectan directamente. Por tanto, la participación ciudadana hace referencia a una serie de instituciones (medios, mecanismos o instrumentos) de intervención directa o semidirecta de diversa índole, que actúan como vías para que los ciudadanos puedan implicarse en los asuntos públicos.

En este orden de ideas, la participación ciudadana en determinados ámbitos políticos de la organización estatal hace posible la expresión del pluralismo existente en la sociedad y la intervención en el ejercicio efectivo del poder soberano. Sin el reconocimiento y tutela de la participación no hay democracia, porque aquella es su fundamento funcional; participación y conformación del *status* político representan las garantías constitutivas del orden democrático (H.-P. Schneider⁵³). Como se ha dicho, la exigencia

⁵⁰ Sents. de la CSJ/SP de fecha 5-12-1966, caso *Ley de división Político-Territorial del Estado Amazonas*; N° 1139 del TSJ/SC de fecha 5-06-2002; N° 3252 del TSJ/SC de fecha 28-10-2005; y N° 919 del TSJ/SC de fecha 16-06-2007.

⁵¹ García De Enterría, E. *Ob. cit.*, nota 43, p. 305.

⁵² Sent. N° 3252 del TSJ/SC, de fecha 28-10-2005.

⁵³ Pschneider, H.-P. *Democracia y Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 140 y ss.

no es tanto que la decisión la adopten todos (democracia plebiscitaria), como que todos puedan participar (democracia deliberativa) (F. J. Bastida Freijedo⁵⁴).

Así las cosas, la participación ciudadana como elemento esencial de realización democrática del sistema, puede organizarse de diferentes formas, siendo las principales la intervención directa de los ciudadanos y las indirectas a través de representantes. La organización de las instituciones de participación deben garantizar la realización del principio democrático, por lo que la opción en favor de una u otra ha de responder al objetivo ínsito en ese principio, lo que en unos casos demandará la intervención inmediata de los ciudadanos y en otros se articulará merced a los representantes.

§17. Derecho positivo — El estudio no es, ni pretende ser, un análisis detallado de las formas que las instituciones de participación directa han asumido en el Derecho comparado. Este trabajo ha sido, además, realizado con profundidad por L. Aguiar de Luque⁵⁵. El único objetivo es enmarcar la participación ciudadana parlamentaria dentro del panorama, más amplio y comprensivo de la evolución del constitucionalismo. Ello ha llevado a afirmar cómo a lo largo de esta evolución histórica, la participación ciudadana parlamentaria ha perdido su carácter de institución de democracia directa, por la necesidad de adaptarse a la paulatina consolidación del sistema representativo.

Del análisis de la EMC sobre la participación ciudadana, se evidencia el deseo del Poder constituyente de tener también una verdadera participación de los ciudadanos directamente y no sólo mediante sus representantes cuando señala:

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. (Cursiva nuestra)

En efecto, la participación ciudadana encuentra numerosas especificaciones en el propio texto constitucional, relativo a los derechos fundamentales como en lo que, con mayor o menor precisión, podríamos denominar la parte orgánica de la Constitución. Puesto que deben desarrollarse sobre todo a través de la normativa que regula la organización y el funcionamiento de los poderes públicos, lo que más interesa es analizar las bases orgánicas del complejo institucional público para señalar, al hilo de las mismas, el concreto supuesto de participación ciudadana parlamentaria.

La norma axilar es también el Art. 62, *eiusdem*, que establece:

Artículo 62. [...]

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.

⁵⁴ Bastida Freijedo, F.J. En Bastida Freijedo y otros. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, N° 1, Madrid 2004, p. 450.

⁵⁵ Aguiar, De Luca, L. *Ob. cit.*, nota 15.

Así las cosas, la cláusula participativa constitucional es muy amplia, ya que no sólo se limita al sufragio, sino a todos los asuntos de la gestión pública, bajo diversas formas de participación, ejercido de manera directa o por medio de representantes. Las distintas modalidades de participación se enumeran en el Art. 70 de la Sección Primera *De los Derechos Políticos*, del Capítulo IV *De los Derecho Políticos y del Referendo Popular* de la de la C, y en otras normas dispersas de la Constitución como, por ejemplo, el derecho a la participación en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud (Art. 84 de la C)⁵⁶.

En efecto, el Art. 70 de la C establece:

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; 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 [...].

Así las cosas, los ciudadanos pueden participar de manera directa en los asuntos públicos –incluidos los parlamentarios–, cuando son ellos mismos los que intervienen en el asunto sin necesidad de que alguien los represente o actúe por ellos; y de manera “indirecta”, si la actuación es por medio de los representantes electos a través del sufragio. No obstante, no se trata de una participación anárquica, sino fundada en las vías legales⁵⁷. Es pues, un derecho de configuración legal⁵⁸.

Por tanto, el modo, alcance y consecuencias de dicha intervención dependen de cada mecanismo de participación en concreto. Así, pues, según señala la jurisprudencia⁵⁹, es menester precisar que según la específica modalidad de participación, la intervención ciudadana en los asuntos públicos adquiere distintas funciones jurídicas, tales como: (i) la consultiva; (ii) la propositiva; (iii) la informativa; y por último (iv) la controladora, en la terminología utilizada por el Art. 62 de la C, pero no la decisoria.

En el ámbito del Derecho parlamentario, se da origen a un sistema de participación ciudadana formado por diversas variantes y ramificaciones, pero no todos están reguladas expresamente en la Constitución, sino que se deja su desarrollo a la legislación que se dicte al respecto, y estando sólo definidos en el Texto Fundamental, el referendo popular que comprende el consultivo, el aprobatorio, el abrogatorio, el revocatorio, y por último, la asamblea de ciudadanos.

⁵⁶ Sent. del TSJ/SC N° 3.252 de fecha 28-10-2005.

⁵⁷ Sent. del TSJ/SC N° 1050 de fecha 23-08-2000.

⁵⁸ Sent. del TSJ/SC de fecha 22-01-2003.

⁵⁹ Sent. del TSJ/SC N° 22, del 22-01-2003.

III. EL PARLAMENTO ABIERTO

Introducción

§18. Planteamiento de la cuestión — El propósito de las páginas que siguen es analizar la situación institucional parlamentaria, para ver en qué medida persisten en ella los síntomas de la crisis democrática diagnosticados hace un siglo por Kelsen⁶⁰, quien habló de “cierta fatiga producida por el parlamentarismo”, y de la necesidad de reformarlo fortaleciendo el elemento democrático⁶¹, pues “el fallo del parlamentarismo es, a la vez, el fallo de la democracia”⁶². Este recurso a Kelsen se justifica también por la conveniencia, que él anunció, de atender a las fórmulas de “participación política directa”, no para reemplazar a las instituciones parlamentarias, sino para que parafraseando a H. Arendt⁶³, la política deje de ser un problema y vuelva a ser una promesa.

Hoy día se habla de una crisis que responde a causas que afectan tanto a los procesos de elección de los representantes, como al desempeño y control de las funciones representativas, dentro de las cuales se mencionan: 1ra., la exclusión de parte del pueblo gobernado en la configuración del pueblo gobernante; 2da., un sistema electoral que menoscaba el pluralismo representativo; 3ra., la insuficiente deliberación pública en las instituciones representativas; 4ta., la ausencia de participación ciudadana en el debate legislativo parlamentario; y por último, 5ta., las prerrogativas parlamentarias que han devenido en privilegios.

Así las cosas, el problema que ha tenido este constructo es que con el mandato parlamentario no ha quedado claro, en la práctica, quién y qué se representa (E. Aranda Álvarez⁶⁴). Lo anteriormente expuesto hace que entre los representantes y los representados se produzca un distanciamiento, un alejamiento que lleva al ciudadano común a sentirse fuera de la discusión y las subsiguientes decisiones políticas. P. De Vega García⁶⁵ se pregunta “¿cómo compaginar el principio *auditur et altera parts* con la exclusión en el proceso de discusión y decisión parlamentaria de la generalidad de los individuos a los que esas decisiones les van a afectar directamente?”. Al respecto podríamos responder, a su vez, parafraseándolo: con el “reforzamiento de los principios parlamentarios”.

§19. Principios parlamentarios — Sostiene Aranda Álvarez⁶⁶ que hemos de ser prudentes al hablar y justificar el Parlamento a través de principios parlamentarios⁶⁷. No

⁶⁰ Kelsen, H. *Ob. cit.*, nota 12, p. 49.

⁶¹ Kelsen, H. *Ob. cit.*, nota 12, pp. 64 a 73.

⁶² Kelsen, H. *Ob. cit.*, nota 12, p. 50.

⁶³ Arendt, H. *La promesa de la política*, Paidós, Barcelona 2008, p. 163.

⁶⁴ Aranda Álvarez, E. “Parlamento abierto: una visión desde los principios de funcionamiento de las cámaras parlamentarias”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, 2017, p. 18.

⁶⁵ De Vega García, P. “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”. En *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, 1985, p. 57.

⁶⁶ Aranda Álvarez, E. *Ob. cit.*, nota 64, p. 17 y 18.

⁶⁷ Sobre los principios en el Derecho parlamentario véase Pendás García, B. “Otras fuentes. Esbozo de una construcción principalista del Derecho Parlamentario”. En J. C. da Silva Ochoa (coord.). *Instituciones de Derecho Parlamentario I. Las fuentes del Derecho Parlamentario*. Vitoria: Parlamento Vas-

obstante, la comprensión tanto de las instituciones políticas como de las normas que se encargan de su organización —en particular las constitucionales—, mejora si se hace un ponderado uso de ellas. Tal es así que la técnica que nos acerca al conocimiento del Derecho parlamentario y las instituciones políticas mediante los principios siempre ha tenido una especial importancia en la teoría jurídica. De ahí que en el mundo del Parlamento, no solo sirven para facilitar la mejor integración de las normas que organizan su funcionamiento, sino que muchos de ellos son consustanciales a la institución (por ejemplo, representación, deliberación, participación, publicidad o principio de las mayorías, etc.).

Esos principios definen al Parlamento mismo, y es por ello que muchas veces cuando se habla de “crisis del Parlamento”, lo que realmente se está diciendo es que se han quebrado dichos principios, reconocidos al Parlamento para hacer valer la democracia representativa. Lo relevante en este momento es comprobar si las instituciones de participación ciudadana pueden llegar a ser un recurso que haga recobrar esos objetivos. Esto es, si el Parlamento del siglo XXI puede ser más representativo, robustecer la deliberación, mejorar la participación ciudadana, la colaboración entre instituciones y, en fin, garantizar la transparencia auxiliado por las nuevas tecnologías.

En la actualidad, con el apoyo de las instituciones de participación ciudadana se podría dar un paso más; que los ciudadanos se hagan presentes en muchos de los procedimientos parlamentarios. En definitiva, sin menoscabo de que estamos y seguiremos estando en un modelo o sistema representativo, hoy es posible abrir puertas para que los representados puedan, aunque tan solo sea limitadamente, participar en los ámbitos de iniciativa, deliberación y aprobación en el proceso de formación de las leyes. Además, es probable que esa apertura de los debates a los ciudadanos sea una contribución para romper con el corsé que el modelo de partidos (cuyo abuso origina la denominada “partidocracia”⁶⁸) impone, y ayudará a acercar más la actividad parlamentaria a las necesidades reales de los ciudadanos.

§20. Parlamento “abierto” — Sostiene Aranda Álvarez⁶⁹, el Parlamento debe representar a los ciudadanos y a la sociedad en su conjunto, que son los que han elegido a sus miembros y los que esperan que sus opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de tomar las decisiones políticas. Pero tan importante como que los ciudadanos y la sociedad en general se sientan “presentes” por la acción de los representantes, lo es que estos mantengan el contacto con aquellos. Para ello es fundamental que el Parlamento esté “abierto” a la sociedad y dé permanente cuenta de lo que hace (L. Aguiar de Luque⁷⁰), con lo cual se logre una mayor apertura y comunicación entre el Parlamento y los ciudadanos.

co, 1996, pp. 217-238; Lavilla J. J. “Las fuentes supralegales del Derecho parlamentario”. En J. C. da Silva Ochoa (coord.). *Instituciones de Derecho Parlamentario I. Las fuentes del Derecho Parlamentario*. Vitoria: Parlamento Vasco, 1996, pp. 49-66.

⁶⁸ Brewer-Carías. A.R., *El Estado Incomprendido*. Vadell Hermanos, Caracas 1985, p. 57.

⁶⁹ Aranda Álvarez, E. *Ob. cit.*, nota 64, p. 19 y 20.

⁷⁰ Aguiar de Luque, L. “El impacto de las nuevas tecnologías sobre el principio de representación: ¿Democracia directa y democracia representativa?” En *II Jornadas Parlamentarias de la Asamblea de Madrid. Parlamento y nuevas tecnologías*. Tecnos, Madrid 2001, p. 29.

Ahora, uno de los motivos por los que se habla de la necesidad de un “Parlamento abierto” (Aranda Álvarez⁷¹), es porque muchos ciudadanos no se sienten representados por aquellos a los que han elegido en las elecciones. Para combatir esta situación, se especula con las posibilidades que las instituciones de participación ciudadana pueden ofrecer para tener un Parlamento más abierto a los ciudadanos y sus reclamaciones.

El problema es que las instituciones de participación directa en el ámbito parlamentario siempre han estado sometidas a fuertes críticas: para unos, la democracia representativa supone que aquellos a los que se ha elegido para dicha misión son los que tienen el “monopolio de hablar por la nación o el pueblo”; para otros, porque hay que evitar a toda costa instituciones parlamentarias que sean utilizadas para erigir los anhelos personales en decisión política y de esa manera sustituir el sistema representativo por la “anarquía democrática”.

Frente a estas posiciones, se encuentran quienes entienden que poner en marcha canales de participación ciudadana en la sede parlamentaria, supondrá un refuerzo en la legitimidad de las decisiones que se toman, además de enriquecer los debates con la integración de la opinión de las personas que están más inmediatamente afectadas (Aguiar de Luque⁷²). Por lo tanto, cuando se habla de reforzar la participación ciudadana parlamentaria, una de las cuestiones a resolver es la de las distintas posibilidades para esa mayor participación.

§21. Parlamentarismo “de la calle” — Vaya por delante, la defensa de la democracia representativa resulta hoy más necesaria que nunca. Lo es tanto porque ninguno de los argumentos que se emplean a favor de la democracia directa o participativa son, a la postre, ciertos. Al menos cuando se plantean en oposición a la democracia representativa. Y porque, precisamente, las características de la sociedad contemporánea hacen más preciso que nunca un modelo como el representativo.

Afirmar que la participación ciudadana se ha convertido en un icono político contemporáneo no es exagerado. Es más, la participación sería la solución y los instrumentos de democracia directa serían solo una de las posibilidades. Pero habría otros. Por un lado, instrumentos de participación generados “desde” el poder alrededor de determinadas iniciativas. Por otro lado, se abre el ambiguo, diverso, pero cada vez más relevante ámbito de la denominada democracia informal. Internet y las redes sociales son un gran escenario de participación. Y de movilización (Tudela Aranda⁷³).

Por supuesto, como afirma Tudela Aranda⁷⁴, lo anterior supone una premisa irrenunciable. Negar la disyuntiva entre democracia representativa y la democracia o parlamentarismo “de la calle”. Negar la visión que traza el camino del hemiciclo a la plaza como el ideal a recorrer. Por mal que se haga, se representará siempre más en un Parlamento que en la calle. Cuando esta premisa no pueda mantenerse, es que el sistema ha colapsado.

⁷¹ Aranda Álvarez, E. *Ob. cit.*, nota 64, p. 36 y 37.

⁷² Aguiar de Luque, L. *Ob. cit.*, nota 70, p. 7.

⁷³ Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, p. 147.

⁷⁴ Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, p. 148.

Se estará hablando de algo diferente. Mientras el sistema democrático mantenga en pie los principios que lo identifican, no hay duda. El Parlamento ha sido, es y seguirá siendo, la sede de la democracia.

§22. Conclusión — La democracia —nos recuerda Isaiah Berlin— es como un jardín que exige cuidados intensivos y centenarios; pero habría que añadir, también exige riego. Hoy se puede señalar que se ha descuidado por desconfianza el jardín y cuando se ha acudido a repararlo, se encuentra con que falta riego. Pero ¿Qué sucede cuando ese jardín no se riega?

La respuesta es más democracia, sí. Pero desde su esencia. Lo que es tanto como decir más valores; mejor representación; más Parlamento; más conciencia de ciudadanía y mayor responsabilidad de los ciudadanos (Tudela Aranda⁷⁵). Se trata, pues, de la participación ciudadana, sin duda, de una de las cuestiones centrales del tema que nos ocupa y, de manera concreta, de facilitar la participación ciudadana parlamentaria, a la que este artículo pretende rescatar de un cierto “limbo doctrinal” en el que se encuentra.

IV. LA INICIATIVA LEGISLATIVA CIUDADANA

Introducción

§23. Planteamiento de la cuestión — En esta última parte se defiende la relevancia democrática de la participación ciudadana en sede parlamentaria en el orden legislativo, así: las fases inicial —iniciativa—, central —deliberación y consulta— y final —aprobación o derogación— dentro de la formación de leyes o “procedimiento legislativo”, que regulan los Arts. 202 al 218 de la C. Al tiempo que se analizan las carencias constitucionales y legales en la materia, frente a lo cual se habrá de postular una serie de reformas legislativas con el fin de, en palabras de Arendt⁷⁶, hermanar el poder comunicativo con la generación de derecho legítimo, recuperando así la “promesa de la política”.

Sostiene J. Habermas⁷⁷, es esencial a la democracia que los procesos de formación de la voluntad política institucionalizada estén conectados con, y permanezcan porosos a la formación de una opinión pública no formalmente articulada, lo más argumentativa posible. Y esa porosidad tendría que producirse tanto en la actuación general de los poderes del Estado como, en particular, a lo largo del procedimiento legislativo. Y es así como con dicha participación, se podría combatir la mencionada fatiga del parlamentarismo, al incluir en el sistema democrático instituciones que, de una manera real “posibiliten una cierta injerencia directa del pueblo en la formación de la voluntad del Estado”.

Además, el creciente cuestionamiento que en los Estados democráticos está experimentando el funcionamiento de las instituciones se centra, precisamente, en las de carácter representativo —“¡No nos representan!”—, por lo que la real inclusión de las instituciones de participación ciudadana podría descargar de parte de esa presión a las primeras, y contribuiría a la integración democrática de sectores sociales que se sienten

⁷⁵ Tudela Aranda, J. *Ob. cit.*, nota 9, p. 151.

⁷⁶ Arendt, H. *Ob. cit.*, nota 63, p. 163.

⁷⁷ Habermas, J. *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid 1991, p. 136.

excluidos del sistema, mediante instituciones de carácter participativo en el Parlamento en un sentido más amplio (plebiscitos, iniciativa legislativa ciudadana, participación en el procedimiento legislativo, etc.).

De lo visto hasta aquí y de la experiencia práctica, se puede afirmar que la participación ciudadana parlamentaria (también denominada popular o pública), no pretende sustituir a la institución parlamentaria; muy al contrario, de lo que se trata en un sistema democrático representativo es, precisamente, que las personas destinatarias de las decisiones políticas y normas jurídicas puedan dialogar con el Parlamento —o quien haga sus veces—, al menos en la forma de participación legislativa sujeta, por supuesto, a normas sustanciales y formales. Tampoco, tal y como señala R. Vela Rubio Núñez⁷⁸, “[...] no se trata de generar apariencia de participación, ni de prometer a los ciudadanos un papel decisorio que no les corresponde en el diseño actual de la democracia, se trata de implementar procedimientos ofreciendo espacios de deliberación democrática de carácter público y abiertos”.

1. *Instituciones de Participación Parlamentaria*

§24. Planteamiento de la cuestión — La participación parlamentaria propuesta no tiene lugar tanto en el momento de la manifestación de la voluntad del poder, sino sobre todo en el “proceso de formación” de esa voluntad, y la garantía de que tal voluntad se llevará a la práctica adecuadamente.

En tal sentido, cuando Vela Navarro-Rubio⁷⁹ se ocupa de la participación ciudadana en las funciones parlamentarias, divide las instituciones en dos grandes grupos: 1ro., los instrumentos de participación en los procedimientos parlamentarios —audiencia públicas, peticiones, quejas y denuncias, “Tribunos de la plebe” o sesiones de puertas abiertas, iniciativas de movilidad parlamentaria, iniciativas legislativas populares y organismos especiales de participación en los Parlamentos—; y 2do., los instrumentos de participación que producen la participación ciudadana en el Parlamento mediante las TIC —“Encuentros abiertos digitales” en el Congreso de los EE.UU., los debates públicos temáticos del Parlamento británico, la iniciativa ciudadana europea, las plataformas digitales de participación en el Parlamento, el “Senado virtual chileno”, el proyecto e-democracia de la Cámara de diputados de Brasil—.

Por otro lado, Vela Navarro-Rubio⁸⁰, una vez realizado un exhaustivo estudio de los instrumentos de participación ciudadana en los Parlamentos, saca algunas conclusiones de las condiciones en las que se deben producir y que pasamos a reproducir, así: 1ra., la participación no puede ser vinculante para el Parlamento; 2da., el Parlamento debe tutelar el proceso de participación que ha de llevarse a cabo de forma estructurada y organizada; 3ra., el proceso de participación debe ser transparente en todas sus fases; 4ta., la promoción del proceso de participación debe hacerse de forma enfocada; y 5ta., la tecnología aplicada a la participación en el ámbito parlamentario ha de cumplir unos requisitos de accesibilidad, entendible, intuitiva, ajustada al contexto social, político y organizativo de los participantes y renovable.

⁷⁸ Vela Navarro-Rubio, R. “El Parlamento abierto. La influencia de la tecnología en la evolución de la institución parlamentaria” [tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 413.

⁷⁹ Vela Navarro-Rubio, R. *Ob. cit.*, nota 78, p. 384-386.

⁸⁰ Vela Navarro-Rubio, R. *Ob. cit.*, nota 78, p. 387-414.

§25. Derecho positivo — Como cuestión previa es necesario, como se puede fácilmente deducir de lo expuesto, acudir a las principales fuentes del Derecho parlamentario⁸¹ en su dimensión normativa: la Constitución y el RIDAN, para ver cómo se concreta en la actualidad la participación ciudadana parlamentaria.

En primer lugar, en el Informe sobre los artículos aprobados por la Comisión del Poder Legislativo para su inclusión en el texto constitucional, en los diversos artículos aprobados tanto de la versión del Poder Legislativo Bicameral como en la del Poder Legislativo Unicameral, se señala que en el procedimiento de discusión y aprobación legislativa tendrán lugar: 1ro., la obligación del mismo de someter a “consulta” de los ciudadanos y los demás órganos del Estado los proyectos de leyes; y 2do., la obligación de “oír” a los demás Poderes Públicos y a la sociedad organizada en la discusión de las mismas.

En tal sentido, la Comisión del Poder Legislativo de la Asamblea Nacional Constituyente en el Informe⁸² respectivo señala innovaciones en materia de funciones del Poder Legislativo, y una de ellas es la participativa cuando señala que: “[...] la Asamblea Nacional debe promover y organizar la participación del ciudadano en sus propias competencias. Con esta incorporación se busca darle contenido real a la participación y se avanza, por primera vez en nuestra historia constitucional, hacia una democracia participativa”. Como puede observarse, la idea de la participación parlamentaria estuvo presente en las discusiones, anteproyectos y proyectos para la promulgación de la Constitución. Sin embargo, las previsiones constitucionales y parlamentarias a propósito de la participación ciudadana parlamentaria no fueron especialmente muy generosas.

En efecto, el Art. 211 de la C dispone:

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)

Asimismo, se establece en el mismo Art. 211 de la C que:

Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes [...] los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional. (Cursiva nuestra)

Por su parte, el Art. 143 del RIDAN dispone lo siguiente:

Artículo 143. Consultas Durante la Formación, Discusión o Aprobación de Leyes. La Asamblea Nacional o las comisiones permanentes, *durante el procedimiento de formación, discusión o aprobación de los proyectos de ley, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos.*

Todas las consultas serán de carácter público con plena identificación de quienes participen en ellas. (Cursiva nuestra)

⁸¹ Aveledo, R. G. *Ob. cit.*, nota 1, pp. 25 a 29.

⁸² Comisión Legislativa, Asamblea Nacional Constituyente. Comisión del Poder Legislativo. “Informe sobre artículos aprobados por la Comisión para su inclusión en el texto constitucional”. Caracas 1999, 1.

Finalmente, el Art. 171 del RIDAN dispone lo siguiente:

Artículo 171. Estímulo de la Participación Popular. *La Asamblea Nacional estimulará la participación popular: a) Manteniendo comunicación permanente con la ciudadanía, a la cual informará veraz y oportunamente de su actuación, y le rendirá cuenta; b) Atendiendo y difundiendo las iniciativas legislativas, constitucionales, constituyentes y otras propuestas que se originen en el seno de la sociedad; c) Propiciando las asambleas de ciudadanos y ciudadanas, así como los procesos de consulta popular y el referendo, en los términos que consagran la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley; d) Garantizando, con la sanción de la ley sobre la materia, la aplicación de las normas sobre participación popular previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para lo cual se dotará de la organización, los métodos, medios y mecanismos de funcionamiento necesarios, que garanticen la más amplia participación popular en los procesos de formación de leyes, en el control de la gestión del gobierno y la administración pública y, en general, en todas las materias de su competencia. (Cursivas nuestras)*

Estas consideraciones preliminares conducen a resaltar el interés que tiene el análisis del sistema de iniciativa legislativa popular en concreto configurado en la C y en el RIDAN.

2. *Iniciativa legislativa ciudadana*

§26. Planteamiento de la cuestión — Me limitaré, por obvias razones de espacio, a traer aquí el concepto y la forma con la que hay que entender la “iniciativa legislativa ciudadana” o popular en nuestro Ordenamiento, de acuerdo con las previsiones constitucionales y parlamentarias. Con esto entiendo que es suficiente para analizar los cambios y las aportaciones que deberán ser realizadas en una futura ley *ad hoc* sobre la materia a que se refiere el Art. 171, letra d) del RIDAN.

La iniciativa legislativa ciudadana, al igual que otras instituciones de esta naturaleza vigentes en Constituciones contemporáneas (derecho de petición y referéndum), responde a la voluntad de establecer vías de compatibilidad entre la democracia representativa y los mecanismos de participación directa. La misma tiene como finalidad implícita, y para mí más importante, activar la real participación ciudadana en el ámbito del Parlamento. Está fuera de toda duda, que la iniciativa legislativa ciudadana mejora la información que recibe el Parlamento, intensifica la transparencia y publicidad de la actividad legislativa y potencia la legitimidad de las leyes y su eficacia.

§27. Fundamento democrático — Las tesis que han venido cuestionando las posibilidades que ofrecen los instrumentos de participación ciudadana parlamentaria adoptaron, en una primera forma, una posición “elitista”, desde la que se combaten unas formas de intervención ciudadana que pretenden ir más allá que la entrega periódica de su voto a una u otra opción política. Existen, sin embargo, otras argumentaciones, en apariencia más “elegantes”, que consideran que abrir las puertas del Parlamento a la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, puede poner en grave peligro alguno de los logros democráticos que tanto ha costado conseguir; es lo que, dentro de las *retóricas de la intransigencia*, A. Hirschman⁸³ denomina la “tesis del riesgo”.

⁸³ Hirschman, A. *Retóricas de la intransigencia*, Fondo de Cultura Económica, México 1991, pp. 97 y ss.

Frente a lo expuesto, lo cierto es que siguen teniendo sentido tanto el modelo de democracia representativa como las instituciones de la democracia directa, y de lo que se trata es de la combinación de todas ellas al servicio de la conformación ciudadana de la voluntad política, propuesta que, como es bien sabido, no es reciente, pues ya el proyecto de Constitución presentado en la Revolución Francesa ante la Asamblea Nacional el 15 *pluvioso del Año IV* por el Marqués de Condorcet, ya preconizaba un procedimiento para la sanción popular de las leyes y otro para el impulso y posterior ratificación popular de la reforma constitucional.

En nuestra Constitución, por tanto, los protagonistas de la vida política seguirían siendo, evidentemente, los partidos políticos en cuanto cauce fundamental para la elección de los representantes. Según esta concepción, las instituciones participativas constituirían “excepciones” a la forma ordinaria de participación representativa, cuya eficacia debería limitarse para evitar manipulaciones por fuerzas políticas minoritarias o distorsiones en la relación entre elector-elegido.

Por ello, la interpretación adecuada debería conducir a restringir dichas limitaciones, ampliando con ello el ámbito de la iniciativa legislativa ciudadana hasta el máximo que permita el Ordenamiento jurídico. Operar de otra forma —como sucede con la omisión legislativa—, supondría no ya restringir la eficacia de la institución, sino anularla casi por completo.

§28. Naturaleza — La cuestión así planteada, se relaciona con la larga polémica existente acerca de si la iniciativa legislativa ciudadana forma parte del procedimiento legislativo o si, por el contrario, debe considerarse como fase previa y autónoma del mismo, preparatoria de la elaboración de la ley. En gran medida, esta situación es también resultado de la ambigüedad existente en el momento de calificar la naturaleza de la iniciativa legislativa ciudadana entre los autores más clásicos. Así, mientras G. Burdeau, M. Duverger, L. Duguit o M. García Pelayo⁸⁴ la consideran como una institución de democracia directa, otros, en cambio, como C. Schmitt⁸⁵ y H. Kelsen⁸⁶, le reconocen una estructura peculiar.

Ahora bien, la causa de esta confusión reside en que es difícil distinguir tres instituciones que aparecen unidas por su carácter común de constituir instrumentos de participación ciudadana legislativa.

La primera de ellas consiste en la posibilidad de que un número determinado de ciudadanos presenten una proposición de ley al Parlamento, órgano que conserva en todo momento la libertad de rechazarla o bien admitirla y transformarla en ley. La segunda consiste igualmente en el reconocimiento a los ciudadanos de la facultad de presentar una iniciativa al Parlamento pero, a diferencia de la anterior, la decisión final no la adopta este órgano, sino el cuerpo electoral en referéndum.

⁸⁴ Burdeau, G. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid 1981, p. 117; Duverger, M. *Instituciones políticas y Derecho constitucional*. Madrid 1980, p. 181; Duguit, L. *Traite de Droit constitutionnel*, vol. II, París, 1928, p. 619-620; García Pelayo, M. *Derecho constitucional comparado*. Madrid 1984, p. 183.

⁸⁵ Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*, Madrid 1982, p. 257.

⁸⁶ Kelsen, H. *Teoría general del Estado*. México 1975, p. 449 y 450.

Y por último, la iniciativa de referéndum consiste en el derecho de los ciudadanos a solicitar que una determinada ley, cuya iniciativa ha correspondido a otros órganos constitucionales y cuyo contenido ha sido previamente determinado por el Parlamento, sea sometida a referéndum para su derogación o confirmación.

En conclusión, siguiendo a S. Galeotti⁸⁷, es necesario afirmar cómo la iniciativa legislativa, aunque distinta del poder de disponer, cuyo único titular es el propio Parlamento, forma parte del procedimiento legislativo en cuanto que constituye su impulso necesario y aparece íntimamente ligado funcionalmente a la ley, sin la cual la propuesta perdería su identidad.

§29. Institución de participación ciudadana directa —Una vez hechas las observaciones que anteceden, que no por obvias dejan de ser necesarias, es preciso plantearse cómo toma forma en nuestra Constitución, la iniciativa legislativa ciudadana, para de esta manera enmarcar y definir la institución que es objeto de este estudio, así: 1ro., como institución de participación ciudadana directa; y 2do., como proyección del derecho de participación ciudadana.

Con relación al primer aspecto, no es necesario profundizar acerca de la preferencia que manifestaron los constituyentes por un modelo de democracia representativa. A pesar de ello, como lo hemos sostenido más arriba, esta opción no cierra el paso de una concepción abierta de la participación directa —incluida en sede parlamentaria—.

En este orden de ideas, se enmarca la iniciativa legislativa ciudadana del Art. 70 de la C dentro del panorama, más amplio y comprensivo, de la evolución del constitucionalismo occidental. Así, la opción tomada por los redactores de la Constitución es coherente con el objetivo de construir un sistema de democracia pluralista. De todos es conocido, y ha sido puesto numerosas veces de manifiesto, la indisoluble unión que debe existir entre un sistema democrático representativo, construido sobre el dogma de la soberanía popular, y las distintas formas de participación, de cuya concreta articulación depende la efectividad del primero.

§30. Proyección del derecho de participación ciudadana — Según nuestro Ordenamiento jurídico, la iniciativa legislativa ciudadana aparece como una proyección del derecho de participación, como uno de los instrumentos específicos a través de los cuales éste se articula y se concreta. Por tanto, se debe entender como extensión del derecho de todos los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos previsto en el Art. 62 de la C, articulándose como facultad reconocida a los ciudadanos —en su cualidad de electores—, de impulsar el procedimiento legislativo, según lo consagra el Art. 204, núm.. 7 de la C.

Lo que hace la institución participativa es, pues, crear un procedimiento más de participación política. No “enmienda la plana” al Parlamento, sino que contribuye con él a la participación y el compromiso de los ciudadanos en la vida política. Tal es así, que si nos detenemos a ver cómo funciona en el Derecho comparado, observaremos cómo lo más relevante no es la capacidad de determinar la actuación legislativa del Parlamento, que es poca, sino la capacidad que tiene de generar opinión y movilización ciudadana en torno a un tema político.

⁸⁷ Galeotti, S. *Contributo alia teoría del procedimiento legislativo*, Milán 1957, p. 186 a 188.

CONCLUSIÓN

§31. Planteamiento general — Y ya para concluir, recordemos que la existencia de la democracia moderna depende de la cuestión, si el Parlamento es un instrumento útil para resolver las necesidades sociales de nuestra era (Kelsen⁸⁸). De ahí que sea oportuno invocar los planteamientos que hace P. Rosanvallon⁸⁹, quien hace una aportación de gran interés para la comprensión correcta de los sistemas democráticos que adolecen, sin duda, de una crisis de legitimidad. La tesis central es que la legitimidad que aporta a las instituciones representativas el origen democrático, deducido del momento electoral, no es suficiente, sino que además quiere seguir actuando paralelamente a sus representantes parlamentarios, y mantener un control constante –no limitado al momento de las elecciones– sobre los mismos.

Como hemos podido examinar a lo largo de las páginas precedentes, la opción básica constitucional a favor de una democracia representativa no relega la participación ciudadana a un plano realmente secundario. Sin embargo, una orientación restrictiva se manifiesta en la elaboración del RIDAN, donde la institución se rodeó de tales prevenciones que impiden su ejercicio. Lo cierto es que la actitud de desconfianza ante la institución de la iniciativa legislativa ciudadana y otras de naturaleza similar, puede quizá justificarse en sistemas democráticos “poco consolidados”.

Al contrario, frente al recelo, es necesario reconocer la capacidad de la participación ciudadana parlamentaria puede tener para dinamizar un sistema político que, como toda democracia representativa estable, puede verse afectado por la crisis parlamentaria, y por la ausencia de canales de comunicación entre representantes y representados. Por tanto, no cabría mantener el mismo recelo en la implantación de una futura democracia “avanzada” estable o realmente existente, dado que el propio sistema genera en sí mismo, los suficientes mecanismos para reaccionar ante posibles utilizaciones “manipuladoras”, se plantea no como antagónica, “sino como complementaria de la democracia representativa”.

En definitiva, como sostiene, sostiene Aranda Álvarez⁹⁰, de lo que se trata es que las instituciones de participación parlamentaria sean un útil instrumento para fortalecer algunos de los principios democráticos que caracterizan al Parlamento –representación, participación, deliberación, colaboración y publicidad–, y que haría más fácil e inmediata la consecución de sus objetivos; incluso, las funciones parlamentarias pueden verse muy mejoradas con la participación ciudadana, el acceso a información comprensible o la mejora de la colaboración entre instituciones democráticas y, por último, pero no en importancia, para recuperar la afección política del ciudadano.

⁸⁸ Kelsen, H. *Ob. cit.*, nota 12, p. 49 y 50.

⁸⁹ Pierre Rosanvallon, P. *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, traducción de Heber Cardoso. Paidós. Barcelona 2010.

⁹⁰ Aranda Álvarez, E. *Ob. cit.*, nota 64, p. 17 y 18.

SEGUNDA PARTE

ESTADO DE DERECHO

6. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Jorge H. SARMIENTO GARCÍA*

Resumen: Examinamos con predominio el orden o la dimensión normativa del principio de supremacía, pero incluyendo necesariamente referencias al área axiológica de lo jurídico constitucional y a su espacio fáctico o realidad vital generadora y modificadora del orden normativo positivo, por la relación de esencial implicación que une indisolublemente a las tres dimensiones de esta rama del derecho.

Palabras claves: Tridimensional, Teoría kelseniana, Estructuras lógicas, Historia – Formas de control – Cuestiones políticas – Tribunales constitucionales – Modelos

Abstract: We examine with predominance the normative order and dimension of the supremacy principle, but necessarily including references to the axiological area of the judicial-constitutional and to its factual space or generating and modifying vital reality of the positive normative order, due to the relationship of essential implication that indissolubly unites the three dimensions of this branch of the law.

Key words: Three-dimensional – Kelsenian theory – Logical structures – History – Ways of control – Political issues – Constitutional courts – Models.

INTRODUCCIÓN

Deseamos ante todo agradecer a los Profesores Brewer-Carías y Araujo-Juárez por la invitación a participar en esta obra en coautoría con muy prestigiosos juristas, y lo hacemos pensando en nuestros hermanos venezolanos que transitan por un muy difícil *iter*.

Permítasenos recordar, respetuosamente, que es nuestra participación en la verdad y en los valores y normas eternas la que afianza nuestra conciencia y la que nos hace libres frente a los hombres y a cualesquiera circunstancias.

* Profesor Emérito y Titular contratado en la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Arg.), Co Presidente Fundador de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), Ex Magistrado federal y provincial. Correo electrónico: jhsarmientog@gmail.com.

Es por ello que, cuando encomiamos la libertad de un hombre, miramos a su temple de ánimo, no a las circunstancias externas, y elogiamos, no su terquedad o arbitrariedad, sino su firmeza de convicciones y su fortaleza. Esto es lo que se destaca en el pueblo noble de Venezuela, esperando que pronto alcance la plena libertad política, con justicia y paz.

Y reafirmamos que su logro exige una inquisición racional previa –a la que sin duda servirá esta obra– y una afirmación de la voluntad para mantener la decisión de “*libertas maior*”, de libertad traspasada de intelecto, imantada a la verdad y al bien, cuyas raíces comunican.

En este trabajo, entonces, abordamos la supremacía de la normativa constitucional encarándola como una temática del trialismo jurídico. El objeto material de nuestro estudio lo constituye la porción del orbe jurídico referida a aquella supremacía, y el objeto formal desde donde lo abordamos es el de la ciencia práctica, pero retomando la tradición clásica según la cual los valores y fines del obrar son susceptibles de un control racional, sobre la base que el ejercicio de la libertad y de la autoridad debe ser regulado y valorado –en cuanto a su perfección– de modo racional, rechazando que el ámbito de la praxis en estas materias esté librado a las ideologías o a la mera fuerza.

La estructura tridimensional del mundo jurídico

Bien se ha dicho que basta un análisis superficial del fenómeno jurídico para descubrir bajo su superficie elementos de diferente índole. Estos elementos pueden someramente designarse mediante las voces: conducta, norma y justicia o valores. Y se ha agregado que si pasamos revista a lo que en la vida cotidiana suele llamarse “lo jurídico”, nos encontramos en primer lugar con una serie de conductas llevadas a cabo por jueces, secretarios, funcionarios del ministerio público, abogados del Estado, abogados, procuradores, escribanos y también por cualquier habitante del país cuando se casa, arrienda un departamento, compra un diario o contrata los servicios del dueño de un medio de transporte; en segundo lugar, nos enteramos de lo jurídico cuando estudiamos los códigos del país y el sinfín de manuales y tratados dedicados a su análisis; en tercer lugar, conductas y normas nos conmueven, sea que su justicia nos complazca y reconforte, sea que su injusticia nos indigne y subleve.

Es que el mundo jurídico, el derecho, tiene una composición tridimensional: en él nos enfrentamos con tres órdenes íntimamente vinculados entre sí, pero distinguibles unos de otros: el orden de conductas, el orden normativo y el de la justicia o derecho natural.

Esos tres órdenes o ámbitos no se dan como tres objetos acoplados, sino que, por el contrario, son tres aspectos esencialmente entrelazados de modo recíproco. Efectivamente, se advierte que las normas, creadas por los hombres, se gestan en ciertos hechos y quieren regular ciertas conductas sociales, a la vez que implican el propósito de realizar un valor, propósito que podrá o no tener éxito, o tenerlo en mayor o menor proporción.

El derecho, pues, es “hecho, norma y valores”, inconmoviblemente unidos entre sí en una relación ingénita. Y se ha destacado que toda posición que deje de lado alguno de esos tres ámbitos es sin duda truncada e incorrecta, pues cercena una totalidad en la que todos esos componentes están íntimamente trabados; el derecho, el mundo jurídico, abarca lo que dicen las normas, lo que se hace en la realidad existencial y los criterios de justicia.

Relación graduada

Entendemos que entre las diversas normas constitutivas del orden normativo positivo debe existir jerarquía, y ello por un postulado del orden natural.

En efecto, las posibles contradicciones entre normas que no pueden salvarse en base a una cierta jerarquía pueden conducir a la anarquía y al desorden. Si el derecho natural exige el derecho positivo precisamente para mantener ordenada la convivencia, es obvio que se impone su congruencia en base a una relación graduada, siendo tal vez por esto que “en el cuadro reducido de la ley humana positiva siempre asomó al menos alguna somera jerarquización” (Legón).

El orden natural, entonces, exige la existencia de relaciones de supra y subordinación entre las normas que integran el orden normativo positivo para que no existan contradicciones insalvables, y la doctrina de la supremacía de la Constitución ubica a ésta en el ápice, obedeciendo a la convicción de que la ley constitucional, para que responda a su principio ordenador, debe concebirse en posición jerárquicamente suprema, como punto de partida de una ordenada gradación de normas.

La doctrina kelseniana

Esta doctrina ha sido apuntalada por la teoría kelseniana del orden jurídico (de gran valor siempre y cuando se la mantenga en un plano lógico formal), que lo considera no como un sistema de normas coordinadas entre sí que se hallan en un mismo nivel, sino como una verdadera estructura jerárquica de preceptos jurídicos: “Si uno mira el orden jurídico, no aparece... como un sistema de normas de igual rango colocadas unas al lado de otras, sino más bien como una jerarquía en las cuales las normas de la constitución forman el estrato superior” (Kelsen).

Las normas constitutivas del ordenamiento positivo no se encuentran en relaciones de mera yuxtaposición sino de subordinación y coordinación, mediando entre ellas una estructura escalonada, con una lógica y determinada gradación.

El derecho positivo está constituido no sólo por la Constitución y las leyes, sino también por otras normas tales como las sentencias, los contratos, actos administrativos, testamentos, etc., susceptibles todas ellas de la siguiente clasificación:

1. Normas generales: “...regulan por anticipado, en una forma abstracta, un indeterminado número de casos, como lo hace aquella norma que dice que si alguno roba debe ser castigado por un tribunal” (Kelsen).

2. Normas individuales: a diferencia de las anteriores, regulan en forma concreta un caso particular, como la sentencia que resuelve que A debe ser sujeto a prisión por seis meses porque robó un caballo a B.

Destacamos que los preceptos individuales son, al igual que la ley, normas jurídicas, regulando toda conducta humana (aunque algunas en forma abstracta y otras en forma concreta), presentando identidad lógica: si la ley (norma general) dice “Dado tal contrato debe ser tal consecuencia”, una sentencia dirá “Dado este contrato debe ser esta consecuencia”.

3. Norma fundamental: diremos, por ser suficiente a nuestros fines, que ella se identifica con la Constitución en sentido material.

Pues bien, existiendo entre las normas constitutivas del ordenamiento jurídico positivo relaciones de subordinación y coordinación, relaciones de jerarquía, podemos hablar de normas superiores y de normas inferiores; y “la relación entre una norma de nivel más elevado y otra de nivel inferior, por ejemplo la que existe entre la constitución y una norma sancionada de acuerdo con ella, significa también que en la norma más elevada se halla la razón de la validez de la inferior, una norma jurídica es válida porque ha llegado a la existencia de la manera prescripta por otra norma...” (Kelsen).

Veamos un ejemplo: un juez condena a una persona por el delito de homicidio. La sentencia respectiva constituye una norma individual y para concretarla el magistrado –sin perjuicio de deber efectuar un profundo análisis de los hechos de la causa, y de deber actuar una auténtica voluntad de justicia– ha aplicado una serie de normas positivas de carácter general, como la ley de organización de los tribunales, el código de procedimiento en lo penal, el código penal, etc.; y así, si frente a la sentencia nos preguntamos por qué ella vale, debemos responder que vale porque se funda en la ley (aplicación judicial de la ley), o sea, que una norma positiva vale en cuanto es la ejecución de otra de rango superior, ésta a su vez vale en cuanto es la ejecución de otra aún superior, etc.

Las normas generales son las que dan validez a aquella sentencia –norma individual–, pero a su vez ésta otorga a las primeras vigencia; la sentencia es válida porque se adapta a lo establecido en el código penal, etc., mas a su vez da vigencia a aquellas normas generales ya que, por su intermedio, éstas se hacen efectivas, se aplican.

Validez y eficacia son –dice Kelsen– dos cualidades completamente distintas; y sin embargo hay una cierta conexión entre ellas. La distinción entre validez y vigencia o eficacia es una distinción necesaria, pues es posible que en un orden jurídico positivo que sea eficaz en su conjunto, una norma jurídica aislada pudiera ser válida pero no eficaz en un caso concreto porque, de hecho, no ha sido obedecida o aplicada aunque debiera de haberlo sido; y la validez y la eficacia o vigencia son dos aspectos diferentes del derecho positivo que han de mantenerse claramente separados, aunque ambos se mantengan en una definida relación mutua.

Ser y deber ser

No podemos dejar de destacar a esta altura que hace Hans Kelsen una separación rotunda entre “ser” y “deber ser”, mas lo cierto es que si bien ambas categorías no se confunden, no cabe entre ellas la incomunicación ni el aislamiento. Recordemos a Ortega y Gasset: “El ideal de una cosa, o dicho de otro modo, lo que una cosa debe ser, no puede consistir en la suplantación de su contextura real, sino, por el contrario, en el perfeccionamiento de ésta. Toda recta sentencia sobre cómo deben ser las cosas presupone la devota observación de la realidad”.

En suma, el “deber ser” sirve para ordenar y enjuiciar al “ser”.

La pirámide jurídica

Constituye el remate de la lógica jurídica kelseniana la famosa concepción de la pirámide jurídica, debida a Merkl, que considera al orden jurídico positivo como un mundo de normas, en donde la zona más pegada y directa a la realidad está compuesta por normas individuales, por encima de las cuales vienen otras normas cada vez más generales; en esta forma, las normas jurídicas positivas se distribuyen en diversos escalones

o gradas desde el vértice hasta la base de la pirámide, disminuyendo en cantidad a medida que vamos remontándonos hacia la cúspide. En el vértice de la pirámide la Constitución; en la grada inmediatamente inferior las normas generales y, en la base, las individuales. Las normas superiores otorgando validez a las inferiores, y éstas dando a las primeras vigencia.

Las estructuras lógicas no agotan el mundo jurídico

Pero por supuesto que el conocimiento de las estructuras lógicas de la normatividad positiva no agota el del Derecho.

Anota Le Fur que, quien pretende elaborar un derecho puro, desentendiéndose de la historia, de la ética, de la sociología, de la política, acaba por perder todo contacto con la vida, agregando que el derecho no es un producto acabado de inventar: surgió y se mantiene desde hace siglos, no como una especulación sobre formas puras, sino como una noción objetiva ligada al problema mismo del bien y del mal.

Allá los formalistas –añade– si se empeñan en hablar solamente de la ley o del derecho positivo; lo que no podemos es dejar que hablen simplemente de derecho, sin más distinciones, porque ese término tiene otro alcance más alto, el cual comprende también el conocimiento de las grandes cuestiones sobre el fundamento, la justificación, la obligatoriedad de las normas positivas.

Y –como ha escrito Corts Grau– si no anclamos la norma fundamental “en la gleba de los valores objetivos, viene a ser como un árbol sin raíces, una dialéctica del peor estilo, basada en ese relativismo y en esa ontología negativa que roen todo el edificio kelseniano”.

En definitiva: el formalismo lógico requiere ser complementado con la consideración sociológica y ética.

El derecho o ley natural, parte de la ley eterna, debe ser fuente y norma suprema del derecho positivo. Cuando la norma puesta por los hombres es conforme a la dada a los hombres, el derecho no aparece como una construcción arbitraria y forzada, sino que arraiga en un orden universal pendiente de la Razón y Voluntad supremas, donde preexisten las formas ejemplares de todas las cosas.

Pero lo cierto es que la estructura jerárquica del orden jurídico positivo, como la hemos expuesto, apuntala la doctrina de que la Constitución representa en él su nivel más alto; es, como dice Sánchez Agesta, el derecho fundamental de la organización.

I. NOTICIA HISTÓRICA

La doctrina de la supremacía de la Constitución alcanza su formulación más clara y concreta bajo el imperio de las constituciones escritas y rígidas; mas existen antecedentes remotos de ella, muy anteriores a la aparición de aquéllas en las postrimerías del siglo XVIII, y no es desconocida en países de constitución flexible.

En efecto, “suele citarse como precedente del control constitucional de las leyes el ‘eforato’ espartano, cuyos componentes tenían la misión de defender el orden político-social para que imperara el Ynomos” (Xifra Heras); y también el Senado romano, que con su misión dilatoria y conservadora, fue un defensor auténtico de la constitución, cuya “auctoritas” debía sancionar los acuerdos del pueblo, para impedir las transgresiones del orden constitucional y de los compromisos exteriores.

En la Edad Media, los fueros de Aragón y de Navarra del siglo XIII, se declararon superiores a la voluntad real y se colocaron bajo la protección de un magistrado especial –el Justicia– que hacía observar los derechos inalienables establecidos en los fueros por medio de los recursos que podían ser ejercidos.

Por otra parte, recordamos que en Inglaterra –país de Constitución no codificada y, en principio, flexible– el juez sir Edward Coke declaró en el caso del Dr. Bonham, en 1610, que “cuando una ley del Parlamento es contraria al ‘common law’ y a la razón o repugnante o de imposible aplicación, el ‘common law’ es prevaleciente e impone la invalidez de aquella”.

Escribe sobre el punto Alejandro E. Ghigliani que “Lord EDUARDO COKE, magistrado inglés formado en Cambridge, afrontando con firmeza la disconformidad de la Corona, reconoció en los jueces la facultad de examinar la validez de los actos del Parlamento y declararlos nulos cuando resultaran contrarios o repugnantes a las reglas del derecho común (common law) o a la razón. Si bien su doctrina no tuvo un fundamento jurídico serio, al difundirse extraordinariamente aportó un gran servicio a la causa del gobierno constitucional. Las cortes de justicia, al amparo de su cimentado prestigio y del respeto general, aunque por un procedimiento indirecto, declararon algunas veces nulos aquellos actos del Parlamento cuando eran absurdos o repugnantes... a la equidad natural y a la razón... o contrarios a una y otra, o a los principios de la Carta Magna”.

Mas ese precedente, como otros posteriores, tuvo muy limitada influencia en el derecho público inglés, pues “donde no hay poder constituyente formal ni constitución rígida, es difícil hablar de inconstitucionalidad, porque faltando ese estatuto supremo, cualquier ley o acto del poder constituido puede darse cualquier contenido sin consultar normas subordinantes” (Bidart Campos). En suma, las cortes británicas ejercieron el poder de asegurar la supremacía conforme a la doctrina de Coke hasta 1688, pero no después.

Ahora bien, esa doctrina tuvo favorable recepción y se afianzó paulatinamente en las colonias inglesas de América del Norte, en buena medida por razones políticas, ya que suministraba el fundamento para desconocer la validez de las leyes del Parlamento que, a juicio de los colonos, desconocían los derechos establecidos en las leyes fundamentales; y el principio de supremacía de la Constitución quedó finalmente consagrado en el artículo VI inciso 2º de la Constitución norteamericana, análogo al 31 de la nuestra.

La doctrina de la supremacía constitucional fue “incorporada expresamente al derecho público norteamericano en el texto mismo de la Constitución aprobada en Filadelfia, que sirvió incuestionablemente de modelo, junto con el proyecto de Alberdi, a los convencionales argentinos de 1853. Estos, en efecto, no pudieron recoger antecedentes nacionales sobre el punto, porque, con excepción de un proyecto que en 1813 fue preparado o presentado a la asamblea constituyente, cuyo texto es probable que no conocieran, en ninguno de los estatutos, reglamentos o constituciones anteriores se había establecido la prioridad de las ‘normas constitucionales’ frente a las ‘normas ordinarias’” (Ghigliani).

Que la doctrina que nos ocupa se presenta como uno de los rasgos esenciales del sistema de constituciones escritas y rígidas, se evidencia en la explicación que de aquella diera Marshall –Presidente de la Corte Suprema de los E.E.U.U.– en el caso “Marbury” (1803): “Los poderes de la Legislatura son definidos y limitados; y para que estos

límites no sean confundidos y olvidados, la Constitución es escrita ¿Por qué esos poderes serían limitados y por qué estos límites serían consignados en un escrito, si ellos pudieran ser, en todo momento, traspasados por aquellos mismos que se ha tenido la intención de contener?... La Constitución es o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está al nivel de las leyes ordinarias, y como todas las otras leyes, puede ser modificada cuando a la Legislatura le plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas de parte del pueblo para limitar un poder que, por su naturaleza misma, no puede ser limitado... Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las constituciones escritas, las contemplaron como formando la ley fundamental y suprema de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe ser que una ley de la Legislatura repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría acompaña esencialmente a una Constitución escrita...”.

Linares Quintana trae la síntesis que Johnson hizo de esa sentencia:

- a) La constitución es una ley superior.
- b) Un acto legislativo contrario a la constitución no es una ley.
- c) Es siempre deber judicial decidir entre leyes en conflicto.
- d) Si la constitución está en conflicto con un acto legislativo el juez debe rehusar aplicar este último. e) Si así no se hace se habría destruido el fundamento de todas las constituciones escritas.

Importancia en los Estados federales

Es importante destacar, en otro orden de ideas, que la doctrina de la supremacía adquiere trascendencia adicional en los Estados federales. Al respecto, y con relación a nuestro país, la Argentina, escribía José Manuel Estrada que los habitantes del territorio de la República pertenecen a dos corporaciones, o sea, la nacional y la provincial, y no se puede concebir que obedezcan simultánea y conjuntamente a dos reglas que estuvieran en contradicción, por lo que es menester –concluía– proveer a los medios de que las provincias, en ningún caso, estatuyan en contra de la Constitución Nacional.

Ámbito de aplicación

Para finalizar este tópico, advertimos que la doctrina en cuestión –al menos en nuestro país– se aplica no sólo respecto a las leyes del Congreso, sino también a los actos del Poder Ejecutivo, funcionarios y entes u órganos de la Administración Pública, a las sentencias de los jueces y aún a la conducta de los particulares, pues –en el orden federal y a partir del caso Kot, resuelto en el año 1958 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación– se ha controlado jurisdiccionalmente la constitucionalidad de la actividad privada de los particulares.

Es que siendo la constitución suprema, todo el orden político y jurídico debe ser conforme a ella, y toda actividad –sea de gobernantes o de gobernados– debe adecuarse a sus disposiciones. La actividad estatal o privada que no la observa tiene un vicio o defecto, la inconstitucionalidad, cuyo efecto es privar de validez o nulificar a tal actividad, sea ley, decreto, sentencia, acto administrativo o privado, etc.

II. FORMAS DE HACER EFECTIVA LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Por cierto que no basta formular el principio de la supremacía constitucional sin crear instrumentos que posibiliten la efectiva vigencia de la doctrina, la prevalencia de la normatividad positiva.

La juridicidad de las normas constitucionales

No está de más insistir –con Agustín Gordillo– en la juridicidad de las normas constitucionales, atendiendo al argumento que las normas de marras no serían jurídicas porque carecerían por sí mismas de sanción en caso de incumplimiento, y que esa sanción sólo la podrían otorgar las leyes ordinarias. Pero esta tesis es errada, porque las sanciones de las normas jurídicas no son siempre necesariamente penas, sino que pueden consistir también en el establecimiento de una relación jurídica nueva, la extinción de una relación jurídica preexistente, o en la ejecución coactiva del deber violado.

Esta última sanción no requiere una expresa disposición normativa para ser aplicada, pues dado que existe una norma que ha establecido un deber determinado con carácter imperativo, no es extraño a esa norma interpretar que ante el incumplimiento del deber jurídico, el mismo sea ejecutado coactivamente. Por ello, la existencia de esa sanción no necesita ser declarada en forma expresa: su existencia y su medida están comprendidas en la existencia y medida del deber mismo que la norma ha establecido.

En consecuencia, cuando una constitución dispone que los habitantes deben gozar de tales o cuales derechos, está allí implícita la sanción de hacer respetar los derechos que la constitución reconoce, en caso que se pretenda no respetarlos (anulando entonces el acto inconstitucional, mandando coactivamente restablecer la situación a su estado anterior, etc.); y esa es una sanción de las normas constitucionales.

Por cierto que estas consideraciones son de aplicación estricta sólo en el caso de normas constitucionales que tengan un contenido actual (“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos...”), no cuando se trata de disposiciones de un neto contenido pragmático (“el Congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados”). En el primer caso la disposición establece ya, ahora, el derecho de que se trata, y lo reconoce directamente a los individuos; en el segundo, en cambio, la disposición establece sólo una obligación futura, a la que no se establece término, del Congreso, siendo evidente que constituye tan sólo una orientación, poco menos que un consejo, y no en modo alguno algo que los individuos puedan exigir al Estado únicamente en base a la disposición constitucional (mas normas del segundo tipo son la excepción dentro de las constituciones, constituyendo las primeras la regla).

Formas del control

Parafraseando a Burdeau, diremos que buscar los medios de obligar a los gobernantes a respetar el estatuto de su función, a utilizar sus poderes conforme a los procedimientos previstos en la Constitución, a “orientar la vida del país según la idea del Derecho que deben servir y de la que procede, en definitiva, su autoridad, todo esto demanda, en el fondo, la búsqueda de un procedimiento susceptible de impedir la arbitrariedad” de los gobernantes.

Ante tales requerimientos, los ordenamientos positivos han respondido de diversas formas, que se diferencian en cuanto a quién controla, a cómo se controla y a los efectos del control.

Quién controla

Atendiendo a quién se asigna la misión de realizar el enjuiciamiento de la constitucionalidad, se dice que el control es político en estas hipótesis:

1) Cuando se manifiesta en forma de actos decisorios del cuerpo electoral (referéndum). También, cuando queda librado a la opinión pública y al juego de las elecciones para la renovación periódica del parlamento. Como anota Bidegain, este sistema de control “reclama, para que sea realmente eficaz, una desarrollada cultura y conciencia política en el pueblo. No constituye una verdadera garantía de orden jurídico, pero no cabe menospreciarla en países que tienen una opinión pública alerta y principios constitucionales fuertemente arraigados”.

2) Cuando compete a los órganos políticos del gobierno, como el veto del Jefe del Estado y el autocontrol del Parlamento por medio del debate público y libre de sus proyectos.

3) Cuando se crean cuerpos que –aunque asuman las apariencias y hasta el nombre de los órganos judiciales, como Tribunales o Cortes, no pertenecen a la administración de justicia– específicamente deben controlar la constitucionalidad; por ejemplo, los tribunales constitucionales.

Frente al control político se destaca el judicial, donde lo realizan órganos típicamente judiciales, (y no un tribunal político, con apariencia de formas judiciales). Según que el órgano judicial competente para controlar la constitucionalidad sea exclusivamente el Tribunal Supremo o bien cualquiera de los tribunales ordinarios, se habla de sistemas de jurisdicción “concentrada” y de jurisdicción “difusa”. En nuestro país, la jurisdicción es “difusa”, existiendo un procedimiento especial –el del recurso extraordinario de inconstitucionalidad– para poder llegar a la Corte Suprema de Justicia; pero –insistimos– cualquier juez tiene competencia para controlar la constitucionalidad.

Debemos puntualizar que se dice generalmente que en nuestro país –al igual que en los E.E.U.U.– rige el control judicial, lo cual es una verdad a medias, pues aquí el control judicial no es excluyente ni exclusivo sino combinado con el político, desde el momento que la constitucionalidad es controlada también por los órganos políticos del gobierno.

Cómo se controla

En lo que respecta a cómo se controla, esto es, al modo de promover el control de constitucionalidad, hay dos formas principales:

1) Por vía de acción: consiste en un procedimiento directo en virtud del cual el que se dice afectado por un acto que aduce es inconstitucional, ejercita ante el órgano competente un derecho público que se basa en la facultad de provocar la anulación de aquel acto en el supuesto de que efectivamente sea contrario a la Constitución. Es la generalmente denominada acción declarativa de inconstitucionalidad, que permite atacar directamente la validez del acto por ser contrario a la constitución, en un proceso especial que tiene ese preciso objetivo. Unas veces se otorga exclusivamente a favor de órganos públicos y otras también a favor de particulares.

2) Por vía de excepción: aquí el control se produce indirectamente, a raíz de un proceso en el cual una de las partes, con el fin de defenderse, alega la inconstitucionalidad de un acto que le afecta y solicita al órgano competente que se abstenga de aplicarlo para resolver el litigio. En otras palabras, en un proceso judicial ordinario, en que surge la probabilidad de que el juez aplique una norma que una de las partes considera inconstitucional, ella plantea como excepción o defensa la inaplicabilidad de aquella norma, alegando se opondrá con la norma superior que ampara su derecho.

Efectos del control

Finalmente y en lo que hace a los efectos del control, en algunos sistemas –especialmente en los de carácter político con órgano especial– se estatuye que la declaración de la inconstitucionalidad priva al acto total y generalmente de vigencia (efecto “*erga omnes*”).

Según otros, sólo no se aplica la norma inconstitucional en el caso fallado (efecto “*inter partes*”). El acto inconstitucional, entonces, no se aplica al caso concreto. Si se trata por ejemplo de una ley, ella no es aplicable a la persona a quien afecta y que planteó su inconstitucionalidad en juicio, pero la ley sigue vigente en general para todos los demás casos. Limitándose el efecto al caso juzgado, para evitar su aplicación futura a otros casos individuales, los interesados deberán promover en cada uno de ellos la cuestión para que se dicte pronunciamiento especial y concreto.

También, la declaración de inconstitucionalidad puede por sí misma derogar o anular el acto, o bien puede obligar al órgano que emitió el acto a dejarlo sin efecto.

III. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

Habida cuenta del creciente avance de los estudios sobre el tema, estimamos conveniente aclarar en este lugar el que se aprecia como correcto sentido y alcance de las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”, que en rigor suponen el respeto al deslinde republicano entre cuestiones jurídicas de incumbencia judicial y aquellos aspectos de opinable o de razonable discreción política, social, económica o técnica, no existiendo una única solución jurídicamente posible y habiendo el ordenamiento jurídico –entendido como sistema de principios y normas– querido reservarlas a debate y decisión de las autoridades políticas o administrativas de los otros órganos del poder, conforme las competencias por la materia.

En esto los jueces no deben sustituir los juicios de conveniencia, oportunidad o mérito de aquellos otros órganos del poder, reemplazando un juicio opinable de esas autoridades por otro propio (e igualmente replicable desde otra valoración subjetiva). Es que el juez no debe extralimitar su función específica de juzgar conforme a criterios y pautas jurídicos los conflictos de derechos o intereses, actuando imparcialmente los fines del ordenamiento, imponiendo el propio criterio de conducta en la zona de indeterminación confiada por el derecho objetivo al juicio de otros operadores jurídicos distintos del poder judicial.

Pero como hay *límites elásticos* o *principios jurídicos* que definen perimetralmente o informan vagamente esa zona de sana discrecionalidad, límites que deben reconocerse justiciables, justamente, en lo que no entra en el llamado “halo de penumbra” o zona gris (falta de certeza) de la decisión, debe apelar el legislador a la prudencia judicial, confiando que ésta mostrará en cada caso cuál es el límite impuesto por ese deber judi-

cial de “auto restricción”, en el justo medio entre el defecto –timorato y pusilánime denegatorio de justicia– y el exceso –igualmente nocivo para las instituciones republicanas– de juzgamiento en base a criterios propios de conveniencia, en ámbitos exclusivos y excluyentes de la autoridad política o administrativa y no de los jueces.

El verdadero juez –último garante del sistema jurídico y no árbitro final de pujas políticas, económicas, sociales o técnicas y en lo que es opinable en otros campos del saber y obrar humanos–, sabe contenerse y no cae en la tentación –a veces demagógica– de inmiscuirse en la zona de legítima indeterminación jurídica, donde el acierto o error de la decisión está confiado a la política, a la administración o incluso a la discrecionalidad técnica de otras disciplinas, cuando no al terreno de las meras opiniones.

Allí donde no hay una única solución certera o científicamente validable, el juicio de otra autoridad legalmente competente no puede sustituirlo ningún tribunal de derecho, más allá del acierto o error según las propias preferencias que tenga el juzgador.

En tal sentido se ha dicho que el control judicial implica fiscalizar una ponderación y una elección ya realizada, por lo que debe respetar el poder exclusivo de valoración otorgado a la administración, y sólo controlar cuando se sobrepasen los límites del mismo. Aun cuando existan varias soluciones aceptables o razonables, no corresponde al juez sustituir una por otra, sino sólo controlar que el criterio adoptado por la administración tenga su propio consenso y sustentabilidad en el marco de la juridicidad.

Ello quiere decir que quien controla no puede imponer su propio punto de vista acerca de lo que es más razonable, sino sólo verificar si el *iter* lógico y la ponderación ya efectuada por la administración se ajusta a pautas objetivas aceptables, aun cuando fueren opinables. Y ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Prodelco c/PEN s/amparo”, sentencia del 7/5/98”, que “... la restricción en la actuación del Poder Judicial... es de orden constitucional y fundado en el principio básico del sistema republicano de gobierno: la división de poderes, y en nada impide el ejercicio del deber –también constitucional– de controlar y revisar los actos de los otros poderes. Ello, por cuanto... la facultad de revisión judicial halla un límite que se encuentra ubicado en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado... el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en ejercicio del poder jurisdiccional no comprende la facultad de sustituir a la Administración en la determinación de políticas o en la apreciación de oportunidad (doctrina de Fallos: 308:2246; 311:2128)”.

IV. LA LEY INCONSTITUCIONAL Y LA ADMINISTRACIÓN

Los órganos en ejercicio de la función administrativa están obligados a respetar la supremacía constitucional cada vez que ejercen sus competencias y si bien debe reconocerse que no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pueden, en casos excepcionales o extremos, dejar de cumplir normas o actos que vulneren groseramente y en forma obvia la Constitución.

Por tal motivo, pensamos que aceptada la juridicidad y supremacía de las normas constitucionales, que vinculan a todos los órganos de gobierno y habitantes en forma más fuerte de lo que pudiera hacerlo otra fuente del derecho positivo, pero de rango inferior, ninguna duda puede caber en que para no incurrir en supuestos de responsabilidad, más importante que la obediencia a la ley en esos casos extremos es la obediencia a la Constitución. Ello es algo que surge del principio de supremacía constitucional, y

que en forma expresa consagran por ejemplo en la Argentina el artículo 31 de la Constitución Nacional y, con más claridad aún en la Provincia de Mendoza, el artículo 48 de la Constitución de 1916.

Más ha de quedar claro que la atribución de no aplicar una ley que se considera inconstitucional es excepcional y debe realizarse con la mayor prudencia posible, en la medida que la obligación primaria de quienes ejercen funciones administrativas es cumplir la ley, en virtud del llamado principio de división de poderes, que hace a la esencia de nuestro régimen constitucional republicano. Por tal motivo, de ser posible, siempre debe intentarse armonizar la ley con la Constitución, deber que por supuesto también es propio de los jueces.

Se ha receptado, entonces, que en general los funcionarios deben obedecer todas las leyes. Sin embargo, cuando la orden es obvia y groseramente inconstitucional es viable su no acatamiento, en cuyo caso aquél incurre en una desobediencia razonada, como manda hacerlo el referido artículo 48 de la Constitución Provincial.

Por tales consideraciones, cuyos supuestos y requisitos han sido explicitados y receptados en la jurisprudencia administrativa de Asesoría de Gobierno de la Provincia, no se ha considerado necesario aclarar en un texto legal lo que ya ha sido explicitado en esos dictámenes –de seguimiento obligatorio para todo el Cuerpo de Abogados del Estado provincial– y se viene practicando sin mayores problemas por la administración activa.

V. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Estos tribunales fueron concebidos por Hans Kelsen como órganos de naturaleza legislativa y no judicial, destinados a garantizar que las constituciones no resultasen falseadas por actos inferiores a ellas, añadiéndoles Kelsen la función de resolver los conflictos entre el Estado federal austriaco y los Estados miembros. Son órganos especiales concebidos justamente para revisar la constitucionalidad de las leyes, entendidas en sentido amplio (incluyendo reglamentos y tratados internacionales) –aunque luego desempeñen más funciones–, con una competencia concentrada y especializada, anulando “*erga omnes*” cualquier disposición que se oponga a la constitución formal.

En el pensamiento kelseniano, el tribunal constitucional tiene un carácter de garantía o defensa de la constitución, la cual sólo estaría verdaderamente defendida contra posibles ulteriores desvirtuaciones por vía de norma inferior, cuando es posible la anulación de los actos anticonstitucionales con efectos “*erga omnes*”.

Según el fundador de la Escuela de Viena, “Anular una ley significa poner una norma general, ya que tal anulación (por sus efectos ‘*erga omnes*’) tiene el mismo carácter de generalidad que la producción de la ley, siendo, por así decirlo, una producción de signo negativo, y por tanto una función legislativa. Es un tribunal que tiene el poder de anular las leyes y, en consecuencia, órgano del poder legislativo”.

Por ello, los miembros no tienen que ser jueces, y deben ser nombrados, al menos en buena parte, por el parlamento (así, en España, de los doce jueces del Tribunal Constitucional, ocho son nombrados por el parlamento), lo que ha llevado a reprocharle que viene a ser una tercera cámara legislativa, aunque no actúe por iniciativa propia ni tenga facultades de libre creación legislativa, sino de anulación “*erga omnes*” de aquellos actos que les sean sometidos a revisión.

Debe agregarse que la institución ha sido cálidamente receptada en países salidos de formas de Estado autoritarias (Austria, España, Italia, Alemania) –es decir, en ambientes estatistas, legalistas, no judicialistas o, en el caso de Francia de un antijudicialismo militante, respetando el principio de “división de poderes” “*ad pedem literae*”–, no gozando por el contrario de acogida favorable en la doctrina anglosajona, porque en sus países de origen o no existe la revisión de la constitucionalidad de las leyes en razón de la soberanía del parlamento (Inglaterra), o funciona razonablemente bien el control de constitucionalidad a cargo del poder judicial (Estados Unidos de Norte América), pese a ser difuso e incidental.

Ahora bien, más tarde y según los países, los tribunales de marras, sin perder su carácter político-legislativo, desarrollan funciones propias de los jueces e incluso se han convertido –en algún caso y en ciertos aspectos– en los auténticos tribunales supremos de facto.

En efecto, aunque sea la función de “legislación negativa” la más importante, pueden desempeñar además las de:

- a) Juzgamiento de actos individuales del jefe del Estado o del gobierno, para que, por razones de prestigio, no tengan que someterse al control de los jueces ordinarios.
- b) Justicia política, cuando se trata de juzgar a los ministros.
- c) Resolver, en los Estados federales, los conflictos entre los diversos Estados miembros o entre ellos y la federación.
- d) Proteger los derechos que figuran en las constituciones.

Ya la Constitución austríaca reconoció a los ciudadanos individuales un recurso de queja ante el Tribunal constitucional para proteger sus derechos constitucionales violados por la administración o perjudicados por la aplicación de tratados internacionales, leyes o decretos anticonstitucionales, lo que ha sido recogido en todas las constituciones con este tipo de órgano, salvo la italiana, siendo la función que más ocupa a la mayoría de los tribunales constitucionales, socavando la preeminencia de los tribunales supremos.

- e) Fiscalizar operaciones electorales.

Hay que advertir también que los tribunales constitucionales, aunque eso fuera lo concebido en principio, normalmente no desarrollan sólo la revisión abstracta de la constitucionalidad de las leyes (la cual puede tener lugar sin que se produzca ningún pleito e incluso antes de que las leyes entren en vigor), sino también la que suele designarse como “incidental” o concreta, que se plantea cuando, durante el transcurso de un pleito ordinario, una de las partes alega que alguna de las leyes en juego es inconstitucional. Como en los hechos sometidos a juicio los tribunales no pueden aplicar normas que infrinjan lo dispuesto en la constitución ni los principios en ella consignados, el asunto se eleva al tribunal constitucional para que se pronuncie sobre la anticonstitucionalidad de la norma en cuestión. Esta modalidad de revisión constitucional, caracterizada porque en ella no se debate en abstracto la constitucionalidad de una norma, se acerca más a la justicia del caso concreto aunque los efectos sean “*erga omnes*”, habiendo sido incorporada en la Constitución de Austria en la reforma de 1929, siendo ésta imitada por la italiana, la alemana, etc.

VI. LA AUSENCIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL MODELO BRITÁNICO

En el control judicial de constitucionalidad, enseña Alberto Bianchi que, una vez más, el derecho inglés es paradójico. Como hemos visto, los ingleses sostuvieron antes que las leyes pueden ser inválidas por contrariar principios básicos del *common law*, pero esta teoría, incipiente en algunos fallos del siglo XVII, fue luego abandonada y ha triunfado desde entonces sobre ella la supremacía del Parlamento, que impide a los jueces declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

En el Reino Unido los jueces sólo controlan la actividad legislativa de la Administración, tarea que realizan por medio de la doctrina del “*ultra vires*” que, en esencia, significa “actuar fuera de la competencia otorgada”, teniendo la palabra competencia un significado más amplio que por ejemplo en el derecho argentino, pues se extiende a todo el obrar erróneo o irrazonable de la Administración.

En “*Lee v. Bude & Torrington Junction Rail Wai Co*” (1871), el *justice* Willes dijo: “¿Debemos actuar como regentes de lo que ha hecho el Parlamento con el consentimiento de la reina, de los Lores y los Comunes? Deniego que esa autoridad exista. Si una ley del Parlamento ha sido sancionada indebidamente, es la legislatura quien debe corregirla derogándola, pero mientras ésta exista como ley los tribunales están obligados a obedecerla. Los procedimientos aquí son judiciales, no autocráticos, lo que serían si pudiéramos hacer las leyes en lugar de administrarlas”.

En síntesis, la ausencia de una ley fundamental impide a los tribunales declarar inconstitucional una ley del Parlamento.

Ahora bien, en 1998 se sancionó la “*Humans Right Act*” (HRA), que incorporó al derecho inglés los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual estableció que “en tanto sea posible, la legislación primaria y la legislación subordinada debe ser leída e interpretada de manera tal que sea compatible con los derechos (que otorga) la Convención”, habiéndose sostenido que la HRA tiene tres elementos:

1) En primer lugar, obliga a los Ministros, cuando envían un proyecto de ley al Parlamento, a certificar que en su opinión cumple con lo dispuesto por la Convención Europea de Derechos Humanos.

2) En segundo término, los tribunales deben interpretar toda la legislación, anterior y posterior a la HRA, de modo tal que sea compatible con la Convención.

3) En tercer lugar, ello no significa que la HRA conceda a los jueces la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Lo que los jueces deben formular, si encuentran una colisión entre una norma doméstica y la Convención, en una “declaración de incompatibilidad”.

Se aclara que la HRA no les ha dado a los jueces ingleses un poder similar al que tienen en los EEUU y en la Argentina, pues la ley incompatible con la Convención permanecerá vigente hasta que el Parlamento la derogue o modifique y debe ser aplicada en el caso concreto en el cual se formula tal declaración de incompatibilidad; por ende, la ley no afectaría la supremacía del Parlamento.

VII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA

Enseña Alberto Bianchi que, a diferencia de la Gran Bretaña y como ocurre en los países de Europa continental, la Constitución española ha confiado el control de constitucionalidad a un órgano especializado y concentrado, el Tribunal Constitucional, que lo ejerce en forma exclusiva.

Se trata, en síntesis, de un control ejercido en abstracto. No es un juicio a la norma según su aplicación a un caso concreto, sino a la norma en sí misma, con una variante: estando en trámite un proceso judicial, el juez puede consultar al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso, lo que produce un cierto acercamiento entre el sistema europeo y el americano; pero esta variedad (que también se da en Francia luego de la reforma de 2008) en sólo una variante del sistema, no su componente principal.

Si bien la separación de poderes en los sistemas parlamentarios es usualmente difusa, no es este el caso de España. Organizada constitucionalmente bajo una monarquía parlamentaria, los poderes de la Constitución de 1978 están claramente definidos, aunque sea inevitable la estrecha relación entre las Cortes y el Gobierno, no obstante lo cual son muy claros los dominios de la “reserva de la ley”, entendida como el conjunto de materias que son de competencia exclusiva de las Cortes. Incluso, si bien la delegación legislativa es amplia, se encuentra muy regulada por la Constitución, que establece con claridad cuáles son las reglas aplicables y los límites de la Cortes para delegar en el Gobierno.

Hay en la normativa una especial preocupación por la independencia del Poder Judicial, cuya separación de las Cortes y el Gobierno es nítida y completa, con la garantía del autogobierno y la carrera judicial. Pero la verdadera fortaleza de los jueces frente al Gobierno está dada por el control que ejercen sobre éste por medio de la jurisdicción contencioso administrativa.

En rigor, el control sobre los poderes políticos está desdoblado: sobre el Gobierno lo ejercen los jueces por medio de la jurisdicción contencioso administrativa y sobre las Cortes dicha vigilancia corresponde al Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco, Bs. As., 1980.
- BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Bs. As., 1992.
- _____ *La Separación de Poderes*, Cathedra Juridica, Bs. As., 2019.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Bs. As., 1986, 1995 y 1999.
- _____ *Derecho político*, Aguilar, Bs. As., 1972.
- BIDEGAIN, Carlos M., *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969.
- BOSCH, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, Zavalía, Bs. As., 1951.
- BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Editora Nacional, Colecc. Cultura y Sociedad, Madrid, 1981.

- CASARES, Tomás D., *La justicia y el derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1974.
- CORTS GRAU, José, *Curso de Derecho Natural*, Editora Nacional, Madrid, 1953.
- COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1964.
- DABIN, Jean, *Doctrina general del Estado*, JUS, México, 1946.
- ESTRADA, José M., *Curso de Derecho constitucional, federal y administrativo*, Biblioteca Digital, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar>.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y Concorrada*, La Ley, Bs. As., 2008.
- GHIGLIANI, Alejandro. E., “Del control jurisdiccional de constitucionalidad”, Depalma, Bs. As., 1952.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Bs. As., 1973.
- GONZÁLEZ Navarro, Francisco, *Derecho administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1987.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo”, ed. varias, Bs. As.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, 1959.
- _____, *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires. Bs. As., 1960.
- LE FUR, Louis y otros autores, *Los fines del derecho: bien común, justicia, seguridad*, México, UNAM, 1975.
- LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosh, Barcelona, 1979.
- LEGÓN, Faustino J., *Tratado de Derecho Político General*, Bs. As., Ediar, 1959, 1961.
- LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos del derecho administrativo*, Astrea, Bs. As., 1975.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, ediciones varias, Bs. As.
- MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, Depalma, Bs. As., 1984.
- MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Constitución y economía*, Depalma, Bs. As., 2000.
- SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Bs. As., 1999.
- SAMPAY, Arturo Enrique, *Introducción a la Teoría del Estado*, Omeba, Bs. As., 1964.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, UCM, Madrid, 1973.

SESÍN, Domingo J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Bs. As., 2004.

TAWIL, Guido, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Depalma, Bs. As., 1993.

XIFRA HERAS, Jorge, *Formas y fuerzas políticas*, Bosch, Barcelona, 1970.

7. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA TÉCNICA NORMATIVA

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ*

Resumen: El principio de seguridad jurídica es un valor superior del Ordenamiento jurídico. Es uno de los principios generales de Derecho más relevantes. En la elaboración de las normas tiene una gran importancia pues ayuda a que cada operador jurídico sepa en cada momento a qué atenerse. Plantea normas más claras, más previsibles y más ciertas.

Palabras claves: Principios de Derecho. Principio de buena fe. Principio de Seguridad jurídica. Técnica normativa. Normas jurídicas.

Abstract: The principle of legal certainty is a higher value than Legal System. This is one of the most relevant general principles of law. It has a great importance in the rule-making process, because it helps each legal operator in each moment know to do. It raises clear rules, more predictable and truer.

Key words: General principles of law. Good faith principle. Principle of legal certainty. Legislative technique. Legal norms.

I. INTRODUCCIÓN

Con mucho gusto participo en este libro de homenaje a la publicación de la Constitución venezolana, que tan eficazmente han coordinado Allan Brewer-Carías y José Araujo-Juárez. Conozco a Allan desde hace bastante tiempo, antes de su exilio en Estados Unidos, y siempre he encontrado en él a una persona cercana, entrañable, optimista, acariciando siempre nuevos proyectos con una infatigable ilusión compatible con esa generosidad del maestro que brinda continuamente temas de estudio y de investigación.

Allan es un maestro del Derecho en su sentido más pleno y, fundamentalmente, un luchador tenaz y constante comprometido con el Estado de Derecho y las libertades. Un ser humano que ha sido perseguido por un régimen autoritario y totalitario y que, sin embargo, sabe resistir con entereza y señorío demostrando una y otra vez las arbitrariedades y el despotismo de un régimen que a pesar de los pesares, no ha conseguido doblegarle en sus convicciones democráticas.

Al maestro Brewer, con sumo placer, dedico con motivo de su 80 aniversario estas reflexiones actualizadas de un viejo trabajo sobre el principio de seguridad jurídica en la técnica normativa. Por una razón: estos días estamos en Estados de excepción y con un

* Catedrático de Derecho Administrativo. Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global.

profundo desconocimiento del Estado de Derecho y de sus principios informadores, muchos Gobiernos de todo el mundo aprovechan las Normas de excepción para colar regulaciones jurídicas que nada tienen que ver con el objeto de la excepcionalidad en que vivimos.

El estudio de los principios generales del Derecho en el campo del Derecho Administrativo puede realizarse de muy diferentes formas, atendiendo a distintos puntos de vista. Se puede, por ejemplo, analizar su condición de fuente del Derecho y explicar sus peculiaridades proyectadas sobre nuestra disciplina. Es posible, también, estudiar específicamente su carácter de elemento informador y transversal de todo el Ordenamiento jurídico-administrativo. Igualmente, se puede poner el acento desde su conexión a la dimensión ética y a su incidencia sobre el plano de los valores. Además, nos podemos situar a partir del análisis de los principios políticos que presiden el Estado social y democrático de Derecho o centrarse en el estudio de los aforismos, de las técnicas de argumentación, de las reglas de interpretación o de determinados criterios procesales. Es decir, como señala Santamaría Pastor, existe una pluralidad de significados y de aproximaciones en relación con los principios generales que hacen necesario clarificar y concretar el objeto de la reflexión.

Si bien es cierto que la doctrina con frecuencia utiliza la expresión principios generales del Derecho para referirse a una pluralidad de expresiones, en mi opinión los principios generales son principios que hacen presente y operativa la idea de justicia. Son, como su propio nombre indica, previos a la norma, coetáneos a ella y elementos que facilitan la interpretación de la norma con arreglo a los parámetros de la justicia, del Estado de Derecho, que como decía Klein es en esencia un Estado de justicia.

En un mundo de hipertrofia normativa, en un mundo en el que las normas jurídicas no es que sean un dechado de perfección técnica, en un mundo el que existe una relativa dictadura del positivismo, es menester volver a pensar en el sentido y la función del Derecho, en el sentido y la función del Derecho Administrativo. Pues bien, las reflexiones que siguen parten de este convencimiento: gracias a los principios generales el Derecho sigue siendo el Derecho. Quiero con ello decir simplemente que frente a la tentación, no siempre resistida, de convertir al Derecho Administrativo en una herramienta o instrumento del poder público o económico, la encarnación principal de la justicia en los principios nos permite seguir alimentando la esperanza de que el Derecho Administrativo siga siendo el dique de contención, por una parte, del poder incontrolado, del poder irracional, del poder que se sale de los cánones de la moderación y la templanza en cuyo marco se debe ejercer el poder en un Estado de Derecho. Por otra parte, los principios generales permiten, desde una perspectiva positiva, configurar un Derecho Administrativo en el que las instituciones, categorías y conceptos reflejen la racionalidad, la objetividad y el sentido de servicio objetivo al interés general que de ellos se espera.

En el marco del Derecho Administrativo los principios generales, además de ser fuente en defecto de ley o costumbre, constituyen, como señala con carácter general el Código Civil, criterios inspiradores del sistema normativo de nuestra disciplina. De este modo, los principios generales, que son la esencia del Ordenamiento, siempre nos ayudarán a realizar esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueve y actúa en el marco del Derecho. Es más, su carácter inspirador del Ordenamiento nos lleva a reconocer en los principios las guías, los faros, los

puntos de referencia necesarios para que, en efecto, el Derecho Administrativo no se convierta en una maquinaria normativa al servicio del poder de turno sin más asideros que las normas escritas y las costumbres que puedan ser de aplicación en su defecto.

En los inicios del siglo XXI la pregunta acerca de la significación de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo puede ser contestada desde dos planteamientos muy distintos. Desde el positivismo más radical se diría que los principios generales no tienen apenas más sentido que el de, en todo caso, reconocer en términos abstractos las reglas que se expresan en el sistema normativo. El sistema normativo se da a sí mismo los principios porque es el Ordenamiento el origen y la causa de ellos. Si, por el contrario, nos situamos en una perspectiva de positivismo abierto, de positivismo que reconoce la existencia de un solar jurídico general, de una cultura jurídica universal que representa el Estado de Derecho, entonces las cosas son de otra manera. Desde esta perspectiva, los principios generales juegan un papel central porque son los garantes de que el Estado de Derecho y sus postulados sean una realidad en todas las ramas del Derecho. Así, de esta manera, los principios no son solo fuente del Derecho, que no es poco, sino que como constata el Código Civil, son elementos inspiradores, criterios sobre los que se debe edificar el Derecho Administrativo. Claro, si el Derecho Administrativo no es más que una rama del Público que regula relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos sin más, los principios tendrán una funcionalidad muy limitada. Si el Derecho Administrativo se concibe, siguiendo a González Navarro, como el Derecho del poder para la libertad del ser humano, entonces encaja perfectamente la doctrina que la propia jurisprudencia española ha confeccionado sobre el sentido y misión de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo.

A este propósito debe tenerse presente que el Tribunal Supremo español señaló por sentencia de 18 de febrero de 1992 que “los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas –art. 1.4 del Código Civil– y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho –art. 103 de la Constitución–. Y es claro que si es principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”.

A poco que se examine en sus justos términos la doctrina que se contiene en esta sentencia se comprenderá el alcance y significado de los principios generales como exponentes del solar jurídico, del ambiente general que ha de presidir el entero sistema normativo. Se trata, en este caso, de los principios como elementos basilares del Ordenamiento, como las columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas jurídicas. Con palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, son el oxígeno que envuelve a las normas, la atmósfera que permite la pervivencia de las normas. Si se desconocen o si se eliminan es como si dejara de existir el oxígeno para el hombre. Por eso, los principios generales, desde esta perspectiva de elementos informadores y de criterios esenciales, han de ser tenidos muy en cuenta no sólo por el intérprete de la norma, sino también por quien la elabora.

Es verdad que muchos principios han venido al mundo jurídico como consecuencia del trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. En otros casos, además, aparecen, como no puede ser menos, reflejados en las normas. Pero lo más importante es que existen

por sí mismos porque son la proyección en la realidad jurídica de la esencial idea de justicia que trasciende al Ordenamiento y le da sentido. Desde este punto de vista, los principios son previos al Ordenamiento. Podría decirse que son su fundamento y que el Ordenamiento se justifica en la medida en que dichos principios inspiran y presiden el sistema normativo.

Esta idea, realmente gráfica y estimulante, de que los principios son la atmósfera y el oxígeno de las normas pienso que explica hasta que punto el olvido de los principios precipita la degradación del Derecho. En efecto, hoy en día, sin ser demasiado pesimista, más bien realista, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que, frente al intento, sistemático y pertinaz, de convertir el Derecho Administrativo en un mero apéndice del poder, los principios generales se levantan como valladar inexpugnable que permite evitar esta terrible operación. Antes bien, el Derecho Administrativo del Estado de Derecho debe mucho a los principios generales. Tanto, que, si no fuera por ellos, probablemente la lucha contra las inmunidades del poder de la que habla García de Enterría hubiera sido desigual y con un claro vencedor.

La sentencia que acabamos de citar contiene, además, un comentario que vale la pena señalar. Si los principios generales han de inspirar a la norma en cuya virtud se atribuyen competencias a la Administración pública, el ejercicio de dichas competencias o atribuciones habrá de realizarse en el marco de dichos principios generales. Consideración que es bien relevante para comprender el modo y la manera de ejercer el poder en una sociedad democrática en la que resplandece, o debe resplandecer, el Estado de Derecho. Es más que el ejercicio de las potestades administrativas, como señala la sentencia, ha de realizarse de acuerdo con los principios generales, asegurándose de esta manera que, en efecto, a través de los poderes y potestades que el Ordenamiento atribuye a la Administración, ésta realice en la realidad cotidiana ese servicio objetivo al interés general de que trata el artículo 103 de la Constitución.

Parece fuera de dudas que existen una serie de principios de Derecho, corolarios necesarios de la cultura jurídica inspirada en el Estado de Derecho que son precisamente las garantías de que el sistema normativo camina por la senda adecuada. Desde este punto de vista, el principio democrático o el principio de la centralidad de la dignidad del ser humano inspiran y explican los contenidos del Estado de Derecho en su proyección cotidiana sobre la realidad normativa. Estos principios de Derecho, de los que se deducen otros muchos, han de estar presentes, como el oxígeno o la atmósfera en los procesos de elaboración, aplicación e interpretación del Derecho Administrativo.

Desde este ángulo, atendiendo a la capitalidad de los principios de Derecho, podemos señalar que estos criterios jurídicos, que son fundantes e inspiradores del Ordenamiento, constituyen también el solar y el “humus” que aseguran la orientación del sistema normativo hacia la justicia, algo que el superado positivismo jurídico, nunca pudo resolver por obvias razones, especialmente porque de la teoría inmanente del Ordenamiento no surge más que pensamiento estático y unilateral.

Hoy en día, la mayor parte de los principios generales del Derecho están recogidos en las normas escritas. Es razonable que así sea porque en general han calado en la conciencia jurídica general los postulados del Estado de Derecho. Pero que ello sea así no quiere decir que durante largo tiempo estos principios fueran construidos y levantados gracias al trabajo de la jurisprudencia y de la doctrina científica. Luego, pasaron a las normas escritas hasta el día de hoy en el que, afortunadamente, los principios generales

de Derecho fundamentales están explícitamente reconocidos en las Constituciones modernas de los países democráticos. En este sentido, repugnaría el sentido común jurídico general que hoy, por ejemplo, se elaborara una Constitución en la que no se encontrase el papel central de los derechos fundamentales del ser humano o el principio de seguridad jurídica.

Por tanto, entre las funciones que cumplen los principios generales del Derecho, la primera y capital se refiere a la labor de dirección general de todo el proceso de creación del Derecho, condicionando el contenido que haya de darse a las normas jurídicas en trance de elaboración (Santamaría Pastor). Las demás se reducen, y no es poco, a la función de interpretación de las normas, de integración de las lagunas del sistema normativo o a la construcción y sistematización de toda la materia jurídica en torno a directivas finalistas.

El artículo 1.1 de la Constitución dispone que 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. Este precepto, como bien sabemos, expresa los principios centrales que presiden el régimen jurídico-político constitucional. Son, por ello, los vectores y postulados generales sobre los que se asienta la cultura jurídica universal que trae causa del Estado social y democrático de Derecho, que es el modelo constitucional de Estado en que hoy toma forma el denominado Estado de Derecho. En efecto, los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo traen causa de la cláusula del Estado social y de democrático de Derecho. Tal cláusula engloba las del Estado de Derecho, del Estado social y del Estado democrático. Es decir, los principios de legalidad, reconocimiento de los derechos fundamentales, separación de poderes, solidaridad y participación son principios rectores del Ordenamiento jurídico, social y económico. De ellos, además, se derivan, de acuerdo con el artículo 9 de la Constitución, los principios de sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas, de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, de seguridad jurídica, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En el artículo 1 de nuestra Ley Fundamental se encuentran los valores superiores del Ordenamiento jurídico, valores que, como su propio nombre indica, discurren en el mundo de la ética, de la axiología que, a su vez, desencadena los principios del artículo 9.3, unos fundamentales y otros derivados. Los valores superiores, que son también principios, en este caso fundamentales, constituyen corolarios necesarios de la idea de Estado social y democrático de Derecho. Son, insisto, los principios generales del Derecho fundamentales: principio democrático, principio de centralidad de la dignidad del ser humano, principio de participación, principio de libertad, principio de igualdad, principio de justicia, principio de solidaridad, principio de pluralismo, principio de seguridad jurídica y principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Estos principios, en el plano del Derecho Administrativo, dan lugar, a su vez, a otros que también siguen siendo centrales en la materia. Tales serían el principio de buena fe, el principio de racionalidad, el principio de objetividad, el principio de la buena Administración, el principio de sometimiento de la Administración a la ley al Derecho o el principio de confianza legítima entre otros. En estas líneas nos referiremos al principio de seguridad jurídica con especial referencia a la elaboración de las normas jurídicas.

La relación entre Ética y Derecho, para el tema que nos ocupa, ha sido reflejada por el propio Tribunal Supremo español es la sentencia de 13 de julio de 1982. Los valores superiores del Ordenamiento jurídico discurren por la senda de lo que podríamos denominar Ética jurídica, de forma y manera que el solar ético es bien importante en materia de Derecho Administrativo, no sólo porque obviamente el ejercicio del poder público haya de conducirse por estos derroteros, sino porque la permanencia de los valores superiores es la garantía de que el Ordenamiento jurídico en su conjunto se inspire en los que hemos llamado principios generales fundamentales.

En efecto, la sentencia citada señala que las invocaciones a la Ética y a la Moral son merecedoras del máximo respeto “puesto que nunca es más noble la función de los Tribunales que cuando ésta se desarrolla aplicando el derecho sobre bases éticas, ya que existe una Ética jurídica, que no es, ni más ni menos, que una sublimación del Derecho”. El Tribunal Supremo, además, entiende que la Ética no es fuente del Derecho, sino un “simple estímulo vigorizante de la aplicación de éste”.

El Tribunal Supremo entiende, pues, que el Derecho ha de moverse sobre un suelo sólido y firme, que no es otro que el de la Ética, Ética jurídica que, en la materia que nos ocupa en el día de hoy, se encuentra representada por los principios generales del Derecho de carácter fundamental. La mayor parte, como hemos indicado, están recogidos en la Constitución y responden al nombre de valores superiores del Ordenamiento jurídico. Además, la Ética, que no es fuente del Derecho, es elemento vigorizador, vivificador, robustecedor del Derecho. Los principios generales del Derecho, por tanto, son la atmósfera que preside la vida de las normas, el oxígeno que respiran, el solar por el que se mueven y un estímulo que las vigoriza y las fortalece en todo momento. Si renunciamos, pues, a los principios generales del Derecho condenamos a las normas a su degradación y perversión, algo que hoy está bastante de actualidad al haber vencido una idea utilitaria, de uso alternativo, que pone al servicio del poder las normas y los principios y no al revés.

II. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

El principio de seguridad es, junto a la libertad y la justicia, uno de los tres criterios rectores que el preámbulo de la Constitución cita expresamente. Además, el artículo 9.3 de la Carta Magna lo incluye entre los principios jurídicos que la Constitución reconoce. Se trata de un principio básico del Estado de Derecho pues, en su virtud, el Ordenamiento jurídico es de aplicación a todos los operadores jurídicos, se reforma o modifica en atención a reglas conocidas y, fundamentalmente, dota al tráfico jurídico de un ambiente de estabilidad, certeza y previsibilidad que facilita la convivencia armónica y congruente.

En efecto, el Tribunal Supremo señala por sentencia de 14 de febrero de 2007, que el principio de confianza legítima, corolario necesario del principio de buena fe “proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos se caracteriza por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, cuya normatividad en nuestro Ordenamiento jurídico subyace en las cláusulas del artículo 103 de la Constitución”. Por sentencia de 24 de mayo de 1979, el Tribunal Supremo, en un caso de urbanismo en el que se discutía un problema de hechos consumados, no dudó en afirmar que uno de los principios inspiradores de esta realidad normativa el de estabilidad jurídica junto a la seguridad jurídica: “la ordenación del derecho de

edificación debe realizarse de manera unitaria y coordinada a través de una meditada planificación que contemple de manera objetiva todos los intereses públicos y privados en juego y no mediante un acto aislado, inconexo o fragmentario que entraña una importante y grave modificación de una norma legal limitativa de aplicación general y autoriza fuera de ella una edificación singular que, como todas las de esta naturaleza, plantea importantes complejidades urbanísticas, deroga el principio de igualdad ante la ley, y los de estabilidad y seguridad jurídicas de la ordenación urbanística”.

La seguridad jurídica se refiere a la existencia de reglas ciertas de Derecho que contribuyan a que los operadores jurídicos sepan en todo momento a que atenerse. Es verdad que el principio de continuidad del Ordenamiento o el principio de conservación del Derecho son derivaciones del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, una perspectiva dinámica del principio implica, como dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2000, que no se incluye derecho alguno a la inalterabilidad del régimen jurídico porque el principio de seguridad jurídica de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en sus sentencias 126/1987 y 182/1999 no supone la congelación o petrificación del Ordenamiento jurídico. En mi opinión, incluye la racionalidad y la objetividad, junto a la congruencia o coherencia de su reforma. Es decir, las modificaciones normativas han de realizarse de acuerdo con los procedimientos establecidos en las normas y atendiendo a circunstancias racionales y objetivas.

Un capítulo importante en esta materia es el que se refiere al principio de seguridad jurídica en el proceso de elaboración de las normas de naturaleza administrativa. Como principio general del Derecho que es, ha de informar todo el Ordenamiento, desde su nacimiento al mundo normativo hasta su aplicación o interpretación pasando por el proceso de confección o elaboración. En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia de 15 de marzo de 1990 que “el legislador ha de perseguir la claridad, no la confusión (...). Es relevante que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse en la relación con la materia sobre la que la ley legisla (...). Hay que buscar la certeza respecto a lo que es Derecho y no lo es y no provocar relaciones entre normas que den lugar a perplejidad respecto a la previsibilidad exigible al Derecho”.

La doctrina que sienta el Tribunal Constitucional español en la sentencia citada permite extraer el contenido constitucional del principio de seguridad: que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a qué atenerse porque el Derecho, en sí mismo, ha de ser previsible. Es decir, si nos situamos en el campo del Derecho Administrativo, podríamos decir, desde esta perspectiva, que una derivación necesaria de la seguridad jurídica, a su vez del principio de la buena fe, es el principio denominado de confianza legítima. Se trata de un principio de naturaleza comunitaria, en cuya virtud resulta que la Administración pública no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita. Sólo excepcionalmente, y de manera motivada, la Administración pública puede cambiar el sentido de su actuación. Lo normal será que, en efecto, la actuación administrativa siga los cánones de la continuidad de las políticas públicas o, lo que es lo mismo, que actúe de acuerdo con la objetividad, imparcialidad y congruencia propia de quien está al servicio del interés general.

El Tribunal Supremo, por sentencia de 4 de junio de 2001 estableció que “el principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro Ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en la relaciones entre la Administración y los

particulares, comporta, según la doctrina del TJCE y la jurisprudencia de esta sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones”. Es decir, la racionalidad, congruencia y objetividad, otros tantos principios generales de aplicación al Derecho Administrativo conducen a exigir a la Administración una actuación acorde con las expectativas o esperanzas que ha despertado en los particulares. De lo contrario, se quebraría el principio de buena fe, el de seguridad jurídica y el de confianza legítima. El Tribunal Supremo entiende que la doctrina de la aplicación directa de los principios generales, entre ellos el de confianza legítima podría “anular un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento”.

El Tribunal Supremo, pues, ha construido, a golpe de sentencias, el régimen de este principio señalando algunas condiciones y características necesarias para que se aplique. Las alteraciones normativas han de ser previamente conocidas por los destinatarios naturales de la norma en cuestión, han de respetar los derechos adquiridos a partir de un razonable sistema de disposiciones transitorias y deben producirse en un marco de servicio objetivo al interés general. Obviamente, la confianza legítima, como antes señalamos, no implica, ni mucho menos, la inalterabilidad del Ordenamiento. La petrificación o congelación del Ordenamiento nada tiene que ver con la confianza legítima como a veces se pretende argumentar. De alguna manera, esta sentencia del Tribunal Supremo parece entreverlo cuando señala que “no pueden apreciarse los necesarios presupuestos de la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables, coartando la potestad de los poderes públicos para establecer nuevas regulaciones o para adoptar nuevos acuerdos”.

El principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras, precisamente para que los operadores jurídicos sepan a qué atenerse. Cuando se fomenta la confusión, cuándo se oscurece el régimen jurídico deliberadamente o se incluyen en la parte final de la norma disposiciones más bien propias del título preliminar o del preámbulo, de alguna manera se está afectando negativamente al criterio jurídico de la seguridad jurídica, medida que nos da la intensidad y autenticidad del Estado de Derecho en cada país, en cada sistema jurídico.

En España tenemos que considerar un factor que complica la tarea. Me refiero a la pluralidad de centros de producción normativa que ha traído consigo la descentralización política alumbrada en la Constitución de 1978. Ahora tenemos numerosos Parlamentos y Gobiernos que producen leyes y normas administrativas. Se han multiplicado, pues, los centros de producción normativa y, por ende, las normas jurídicas. Además, coexisten diferentes grados e intensidades de intervención normativa sobre una misma materia en función de la naturaleza de la competencia que se tenga, que puede ser compartida o concurrente en muchos casos.

En este contexto, también debemos tener presente que la racionalidad política domina la racionalidad jurídica y normativa y que tantas veces el Derecho es reducido, nunca mejor escrito, a mera forma, a seguimiento de unos cauces procedimentales y poco más. Así, llegamos a un fenómeno hoy sorprendentemente frecuente: el uso alternativo del Derecho que, para el tema que nos ocupa en este momento, podríamos denominar uso alternativo de la técnica normativa. Es decir, las reglas que la racionalidad y el buen sentido jurídico dictan para la elaboración de las normas están al servicio del poder. Así se explica, por ejemplo, que los criterios, las directrices de técnica normativa, por ejemplo, todavía no dispongan de eficacia jurídica.

La seguridad jurídica y la certeza de las normas son dos parámetros básicos del Estado de Derecho. Es más, el grado y la intensidad del Estado de Derecho mucho tiene que ver con el grado y la intensidad con que la seguridad y la certeza jurídica resplandezcan en el panorama normativa. Sin embargo, no deja de llamar la atención que habiendo aumentado afortunadamente los estudios, reflexiones y comentarios sobre técnica normativa, y que, disponiendo, como disponen, los Parlamentos y los Gobiernos y Administraciones de personal bien formado en la materia, la realidad es que el rigor y la calidad de las normas brillan por su ausencia. El problema radica en dotar de sustancialidad, de materialidad a lo que para algunos no es más que mera forma, mero procedimiento al servicio del poder.

Otra paradoja que nos ofrece la realidad normativa se refiere a que, habiendo aumentado el número de las normas, nos encontramos con no pocas materias en las que persisten lagunas y en algunos supuestos falta la necesaria regulación que afiance la seguridad y la certeza jurídica.

En un Estado compuesto como el español es muy importante individualizar con precisión los títulos jurídicos en los que el Estado y las Comunidades Autónomas fundan su potestad legislativa. Desde esta perspectiva, no está de más señalar que el Estado, en efecto, tendrá, en las materias expresamente atribuidas por la Constitución a su competencia, la facultad de sentar las bases, la regulación general de ciertos sectores del Ordenamiento relacionado con lo que hoy podríamos denominar desde la ciencia de la administración políticas públicas de equidad y solidaridad, economía general, relaciones internacionales, seguridad general o defensa. En cambio, las Autonomías territoriales, Comunidades Autónomas y Entes locales, disponen de competencias orientadas sobre todo a la gestión y ejecución de las principales materias conectadas con los aspectos más conectados con la vida diaria y cotidiana de los ciudadanos.

A la hora del desarrollo de la potestad normativa, los centros de producción normativa han de tener presente que existen una serie de parámetros constitucionales que configuran la acción del Estado. Me refiero, además de la seguridad jurídica, a los llamados valores superiores del Ordenamiento jurídico y, como no, a la centralidad de los derechos fundamentales, a los principios rectores de la política económica y social y por sobre todo a la denominada función promocional de los poderes públicos tal y como está regulada en el artículo 9.2 de la Constitución: los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Este ha de ser el espíritu que debe latir en los contenidos de las normas producidas en el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos,

algo que contrasta con el constante proceso de vaciamiento de las principales a que nos viene sometiendo el actual gobierno, más pendiente de entorpecer y limitar los derechos ciudadanos que de pensar en el conjunto de la sociedad.

III. SEGURIDAD JURÍDICA Y TÉCNICA NORMATIVA

La ciencia de la técnica normativa, como ciencia social que trata de la forma de elaboración de las normas jurídicas, especialmente de la ley y de las disposiciones administrativas de carácter general, tiene una profunda vinculación como uno de los principios generales del derecho más relevantes, como es el de la seguridad jurídica. Principio esencial en el Estado de Derecho en la medida que la sumisión a unas reglas de juego jurídico conocidas de antemano por todos facilita la buena fe en el tráfico jurídico y dota a las relaciones jurídicas de la fortaleza necesaria para la armonía social.

La técnica normativa, además de regir la forma de elaboración de las Normas jurídicas ha de mantener una indisoluble alianza con los más básicos aspectos materiales de la producción del Derecho. La forma y la materia han de caminar de la mano. Si sólo subrayamos lo procedimental o si sólo nos fijamos en lo material, estaríamos ante planteamientos carentes de lógica y congruencia por lo que se refiere a que las Normas jurídicas reflejen la justicia. La unión equilibrada entre materia y forma, enseñada hace siglos por Aristóteles, tiene en el tiempo presente una gran relevancia.

Sabemos, además, que el principio de legalidad, junto a la separación de poderes y al reconocimiento de los derechos individuales constituye la razón de ser del Estado de Derecho. En efecto, el principio de legalidad es la expresión de la voluntad general de acuerdo con la recta razón, de acuerdo con los postulados de la justicia. Quizás por ello la Constitución española de 1978 dispone en su artículo 9 que los poderes públicos y los ciudadanos estamos vinculados a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, o que la Administración pública, en el artículo 103.1 establece que está sometida a la Ley y al Derecho. Esta es una consideración bien importante que no se debe perder de vista salvo que transitemos por ese positivismo cerrado que, a la larga, trae consigo obvias agresiones a los más elementales derechos fundamentales de la persona o base de sacralizar y absolutizar la voluntad general.

En un Estado de Derecho las Normas jurídicas se confeccionan para que se apliquen. Han de ser claras en lo que atiene a su rúbrica, a su objeto, a sus efectos y a sus destinatarios. Han de ser lo más completas posibles, lo más concretas posibles y lo más concisas que se pueda. Han de estar redactadas según los más elementales cánones de la producción de Normas. Es decir, han de recoger, en la medida de lo posible los patrones, las reglas propias de la mejor técnica normativa. Y la mejor técnica normativa es aquella en la que más resplandece el principio de seguridad jurídica y sus corolarios necesarios: buena fe o confianza legítima entre otros.

La técnica normativa es un arte, un noble oficio para el que es necesario disponer la necesaria preparación para que, en efecto, el producto resultante sea plenamente congruente con los criterios rectores del Estado de Derecho, entre los que se encuentra, en España en el artículo 9.3 de la Constitución, el principio general de Derecho de la seguridad jurídica.

Suele decirse, por los expertos en técnica normativa, que esta disciplina es sustancialmente diferente del derecho parlamentario y del Derecho Administrativo. Del dere-

cho parlamentario porque la técnica normativa se ocupa, única y exclusivamente, de la forma de elaboración de las normas con fuerza de ley, y del Derecho Administrativo por el mismo argumento: porque solo le interesa el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de contenido general. De todas maneras, siendo esta apreciación correcta, no lo es menos, insisto, que la técnica normativa ha de estudiarse enmarcada en la Constitución y sus principios informadores. Siendo esto así, como lo es, resulta entonces que para la técnica normativa es capital el marco constitucional, y, por lo que ahora interesa destacar, el principio general de seguridad jurídica, recogido, como sabemos en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental.

La técnica normativa tiene como objeto material el establecimiento de las mejores reglas posibles para la mejor elaboración de las normas jurídicas de acuerdo con los postulados del Estado social y democrático de Derecho que define nuestra Constitución. Para ello, se codificarán los criterios que mejor puedan velar por la armonía, la sistemática y el rigor en la confección de las normas, pronunciándose, en este sentido, sobre la estructura, el lenguaje y la división de los integrantes del sistema normativo.

Es verdad que, en muchos países, entre ellos España, las denominadas directrices de técnica normativa carecen de fuerza jurídica, no son normas jurídicas. Más bien son recomendaciones y sugerencias que el poder ejecutivo determina en orden a una más completa y perfecta producción de las normas. Entre nosotros, como ha recordado uno de los expertos en la materia, Fernando Santaolalla, las actuales directrices, que son de 2005, siguen la estructura de las primeras reglas que se conocen en la materia: las directrices de la cancillería austríaca de 1979, en las que se abordan cuestiones relativas al título, a las cláusulas de promulgación, a la división, a las citas, a las remisiones, a las modificaciones, a la suspensión, a la derogación o a las disposiciones finales, adicionales o transitorias de las Normas. Cuestiones todas ellas de gran relevancia en orden a la mejor preservación posible de la seguridad jurídica. Una Norma, por ejemplo, en la que la disposición derogatoria no sea clara constituye un claro atentado a la seguridad jurídica como fácilmente puede colegirse.

Cuando de definir el objeto de la técnica normativa se trata, suele ser habitual también hacer un comentario, para distinguirla de ella, sobre la evaluación normativa. Ciertamente, hay quienes la distinguen y quienes piensan, bastante coherentemente, que la evaluación de las normas es parte integrante, con relevancia por supuesto, pero componente de la técnica normativa. ¿O es qué las cuestiones relativas a la eficacia, efectividad, legitimidad, proyección social o eficiencia económica no son cuestiones íntimamente ligadas a la técnica normativa?

Desde la perspectiva constitucional podríamos cuestionarnos hasta que punto se podría, por ejemplo, anular una ley por inconstitucionalidad al violar el principio de seguridad jurídica por mala técnica normativa. En otras palabras, ¿sería posible que una norma con fuerza de ley cuya redacción atentara contra la seguridad jurídica fuese declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional?

Evidentemente, la respuesta a esta pregunta sólo puede ser afirmativa. En efecto, igual que se puede declarar inconstitucional una ley que conculque el principio de interdicción de la arbitrariedad, se puede anular por vicio de constitucionalidad una ley que atente contra la seguridad jurídica, pues ambos principios de derecho están expresamente reconocidos en nuestra Carta Magna. Circunstancia que puede concurrir, por ejemplo, si es que una ley no contiene normas transitorias claras y concretas. El pro-

blema es que, según parece, todavía no está el ambiente jurídico preparado en el presente quizás debido a que como la técnica normativa no es más que un conjunto de plausibles recomendaciones sobre la mejor manera de elaborar las normas, su incumplimiento todavía no constituye una contravención de naturaleza grave, aunque, en efecto, pueda conllevar a un palmario vicio de constitucionalidad por violación, repito, del principio de seguridad jurídica.

Por tanto, una primera consideración aparece como imprescindible en la materia. Qué las reglas que componen la técnica normativa dejen de ser simples y meras recomendaciones técnicas para convertirse en reglas de derecho con fuerza de obligar y cuyo incumplimiento lleve aparejado sanciones jurídicas. Seguramente, a partir de entonces la naturaleza de la técnica normativa adquirirá nuevos contornos y será más fácil vincular la técnica jurídica a las exigencias de la seguridad y certeza jurídica.

En cualquier caso, podríamos decir que jurisprudencialmente el camino está expedito pues el propio Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia de 15 de marzo de 1990 que “el legislador ha de perseguir la claridad, no la confusión (...). Es relevante que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a que atenerse en la relación con la materia sobre la que la ley legisla (...). Hay que buscar la certeza respecto a lo que es Derecho y no lo es y no provocar relaciones entre normas que den lugar a perplejidad respecto a la previsibilidad exigible al Derecho”.

La doctrina que sienta el Tribunal Constitucional español en la sentencia citada permite extraer el contenido constitucional del principio de seguridad: que los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a que atenerse porque el Derecho, en sí mismo, ha de ser previsible. Es decir, si nos situamos en el campo del Derecho Administrativo, podríamos decir, desde esta perspectiva que una derivación necesaria de la seguridad jurídica es el principio denominado de confianza legítima. Se trata de un principio de naturaleza comunitaria, en cuya virtud resulta que la Administración pública no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita. Sólo excepcionalmente, y de manera motivada, la Administración pública puede cambiar el sentido de su actuación. Lo mismo será que, en efecto, la actuación administrativa siga los cánones de la continuidad de las políticas públicas o, lo que es lo mismo, que actúe de acuerdo con la objetividad, imparcialidad y congruencia propia de quien está al servicio del interés general.

Otra paradoja que nos ofrece la realidad normativa se refiere a que, aún habiendo aumentado el número de las normas, nos encontramos con no pocas materias en las que persisten lagunas y en algunos supuestos falta la necesaria regulación que afiance la seguridad y la certeza jurídica.

A la hora del desarrollo de la potestad normativa, los centros de producción normativa han de tener presente que existen una serie de parámetros constitucionales que configuran la acción del Estado. Me refiero, además de la seguridad jurídica, a los llamados valores superiores del Ordenamiento jurídico y, como no, a la centralidad de los derechos fundamentales, a los principios rectores de la política económica y social y por sobre todo a la denominada función promocional de los poderes públicos tal y como está regulada en el artículo 9.2 de la Constitución: los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, econó-

mica, cultural y social. Este ha de ser el espíritu que debe latir en los contenidos de las normas producidas en el Estado social y democrático de Derecho en el que vivimos, algo que contrasta con el constante proceso de vaciamiento de las principales a que nos viene sometiendo el actual gobierno, más pendiente de entorpecer y limitar los derechos ciudadanos que de pensar en el conjunto de la sociedad.

Por otra parte, también hemos de mencionar el deterioro existente en lo que a la ley se refiere. Me refiero a que hoy en día el Parlamento ya no conoce de la expresión de la voluntad general sino, más bien, de regulaciones pormenorizadas y detalladas de materias que debería ser de competencia de la normación administrativa pero que vienen a la sede de la soberanía popular sencillamente porque así tales disposiciones gozan de una mayor resistencia jurídica que si fueran objeto de la potestad reglamentaria.

El Parlamento, bien lo sabemos, ya no es el centro de la vida política. El centro se encuentra en la sede de los principales partidos, desde dónde se nombran los gobiernos, los legislativos y las más altas magistraturas del poder judicial. Por tanto, es frecuente que ciertos proyectos de ley se impongan desde el poder ejecutivo, expresión y principal manifestación de la nueva centralidad política según los dictados del partido que apoya el gobierno de turno. Así las cosas, las tareas de los diputados se reducen a actividades impropias de su condición de legisladores pero que son las que interesan al partido o al dirigente que los coloca en la Cámara.

Junto al proceso de administrativización de la ley antes denunciado nos encontramos con una creciente tendencia, fruto de la centralidad del gobierno, de la reglamentación independiente, fenómeno excepcional que se convierte en ordinario cuando el Parlamento se convierte en un poder subordinado al Ejecutivo, algo que en España en los últimos años es una triste realidad.

En este contexto general, las reglas o directrices de técnica normativa podrían ayudar a que el deterioro general dejara paso a un sistema de confección normativa en el que brillaran los principales criterios que iluminan el Estado de Derecho. Sin embargo, como es el poder ejecutivo el que tiene a su cargo dichas reglas, lo que ha hecho hasta el momento es continuar el camino emprendido, en España, en 1995, dando carta de naturaleza a toda suerte de prácticas que acaban arrumbando precisamente la seguridad jurídica y otros parámetros centrales del sistema normativo.

Sin embargo, desde la técnica normativa se puede, y se debe, trabajar a favor de la calidad en la elaboración de las normas y de su congruente articulación e integración en el Ordenamiento jurídico. En este sentido, podemos encontrar algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional español que apunta en esta dirección: “Las normas no son elementos aislados e incommunicables, se integran en un conjunto –Ordenamiento jurídico– en cuyo seno de acuerdo con unos principios han de resolverse los problemas” (sentencia 150/1990). Y uno de esos principios es el de seguridad y certeza jurídica que postula, como ya lo hemos señalado anteriormente, que los operadores jurídicos conozcan previsiblemente las reglas del juego, a qué atenerse.

La técnica normativa no es una ciencia social que opera sobre el vacío. El solar sobre la que asienta su operatividad es, ciertamente la Constitución. Por supuesto. Pero la Constitución, a su vez, suele ser la expresión de una determinada tradición y cultura jurídica. En el caso de nuestro país no podemos desconocer en este sentido el derecho romano, el derecho germánico y el derecho francés, sin olvidar, claro está, los princi-

pios propios del derecho español que en materia de derecho público son de tanta relevancia. Pues bien, en este acervo de normas y principios que conforman la tradición y la cultura jurídica española se encuentran lógicamente la seguridad y la certeza jurídica como expresiones de la necesidad de que el Ordenamiento jurídico sea la manifestación de ese dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde, que es la esencia del Derecho. Si en el proceso de elaboración de las normas la idea de Derecho se deja arrumbar por la racionalidad técnica, la razón de Estado o la pura voluntad de poder, entonces la técnica normativa no sería más que un instrumento más del uso alternativo del Derecho en el que últimamente se está convirtiendo nuestro sistema normativo.

La seguridad y la certeza jurídica nos conducen a la postulación de unas necesarias condiciones de inteligibilidad, de conocimiento y entendimiento de las normas que, a su vez, nos plantean que las normas han de ser claras en la semántica y en el estilo de redacción, además de transparentes. El lenguaje normativo no puede ser contrario al lenguaje común. El lenguaje común juridificado mucho tiene que ver con el entendimiento general de las normas, algo que la técnica normativa no puede olvidar porque si las normas no las entienden ni siquiera a quien van dirigidas entonces bien se puede decir que no tienen sentido alguno.

La técnica normativa, tal y como hemos comentado anteriormente, también trata de la integración de las normas en un Ordenamiento jurídico unitario, abierto y continuo. Unitario porque el Ordenamiento jurídico consiste un único sistema, con subsistemas, pero un sistema con reglas y principios en los que existen diferentes partes y componentes que se insertan armónicamente de acuerdo con las más elementales exigencias de la lógica y la racionalidad. Es abierto porque continuamente unas normas salen y otras entran, unas son reformadas y otras son derogadas. Y finalmente es continuo porque existe un principio de conservación del Ordenamiento que postula la existencia de un continuo de reglas y principios que son precisamente la expresión del derecho como camino hacia la justicia.

Analicemos, a continuación, lo que se denomina, de acuerdo con la teoría de la técnica normativa, condiciones de inteligibilidad de las normas. Es decir, si la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico vinculan a los poderes públicos y a los ciudadanos como dispone el artículo 9.1 de la Constitución, es lógico y razonable que las normas sean redactadas en un lenguaje entendible por los destinatarios de las mismas ya que, además, es un principio básico del Estado de Derecho que las normas jurídicas obligan sin que sea posible alegar desconocimiento. Sin embargo, a pesar de ello, y a pesar de que la técnica normativa invita a que las normas se redacten en lenguaje normativo, pero entendible, la realidad es que la mayoría de la población no alcanza a entender el significado y el contenido de las normas porque éstas siguen redactándose en un lenguaje inteligible para el común de los mortales.

Es menester, en este punto, combinar un lenguaje normativo preciso, claro y riguroso con su entendimiento general, lo que no es sencillo. Quizás si el lenguaje de la norma fuese al menos inteligible para sus destinatarios habríamos dado ya un gran paso. De lo contrario, si el pueblo no es capaz de comprender el contenido y el significado de las normas, incluso las que le son de aplicación, la seguridad y la certeza jurídica no serán más que principios formales sin contenido general.

Una cuestión que se debe abordar en esta materia se refiere a la claridad semántica y a la claridad normativa. Efectivamente, cuándo de la claridad semántica se trata se

debe distinguir entre lenguaje normativo y lenguaje común u ordinario, expresiones del lenguaje, que es uno, que están más relacionadas de lo que parece. Es más, la técnica normativa predica que ambas manifestaciones del lenguaje sean complementarias a la hora de la selección de los términos que van a componer el contenido de la norma. En este sentido podríamos afirmar que el propio lenguaje normativo es esencialmente la versión jurídica del lenguaje común u ordinario. ¿Por qué? Porque el Derecho es un producto cultural, no un producto técnico. Y, por lo que se refiere al lenguaje común, encontramos en él un sinfín de aforismos, dichos y refranes que son una atinada manifestación del sentido jurídico del pueblo.

Se ha afirmado, con razón, que la inteligibilidad de las normas requiere del uso de términos propios del lenguaje normativo entendibles por el pueblo, lo que es posible siempre y cuándo se busquen, y se encuentren, esas expresiones del acervo popular de profunda raigambre jurídica que demuestran que en el lenguaje común existen elementos de naturaleza jurídica cuya utilización en las normas facilitará la comprensión por la generalidad del pueblo.

Por lo que se refiere a la claridad normativa, el principio de seguridad jurídica reclama que la norma jurídica esté redactada claramente y claramente publicada, de manera que sea cierta tal y como, por otra parte, apunta la sentencia del Tribunal Constitucional español de 16 de julio de 1987. Santaolalla ha señalado atinadamente que el principio general del Derecho de seguridad jurídica exige que de los términos de la norma se deduzca claramente su valor normativo, su naturaleza jurídica, su posición en el sistema de fuentes, su eficacia, su vigencia, su estructura y su publicidad.

En el caso de disposiciones administrativas, ha de quedar claro si estamos ante una norma administrativa o si nos encontramos ante un acto administrativo. La diferencia entre ambas fuentes del Derecho Administrativo sabemos que es polémica, pero de la lectura del título de la norma hemos de poder saber si estamos ante un decreto del consejo de ministros, que es una norma, o ante una orden ministerial, que para algunos es una norma y para otros es un acto administrativo. En cualquier caso, de la redacción de la norma hemos de colegir su posición en el sistema de fuentes, bien sea para resolver los problemas de vigencia o aplicación, bien por exigencias del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Igualmente, de los términos de la norma ha de poder saberse la fecha exacta de su entrada en vigor, su ámbito personal, material y territorial de aplicación y, por, sobre todo, sus efectos jurídicos.

Una cuestión que la doctrina plantea con frecuencia al tratar del rango normativo se refiere a la costumbre de reproducir los términos de una norma de rango distinto sin especificación alguna sobre su vigencia o derogación, lo que sencillamente ocasiona graves problemas de seguridad jurídica. Incluso cuándo se reproducen fragmentos de una norma en otra, salvo por razones obvias, se promueve la confusión y la oscuridad, lo que debe evitarse. Es decir, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 40/1981, la duplicación puede conducir a error, por lo que lo más adecuado a una correcta técnica normativa es evitar esta práctica. No digamos ya lo peligroso que resulta la reproducción de normas estatales en normas autonómicas, puesto que no es difícil pensar en que a través de estos vicios se produzcan nada menos que alteraciones del orden competencial de distribución constitucional.

Por lo que se refiere a la técnica derogatoria de las normas hay que destacar la práctica unanimidad que existe en la proscripción de las cláusulas derogatorias genera-

les, implícitas, más propias de otros tiempos en los que el parque normativo era menor y de mayor calidad. Hoy, por exigencias de la seguridad jurídica no tendría sentido alguno seguir incluyendo cláusulas del tenor siguiente: se derogan todas las normas que se opongan a lo dispuesto en el presente reglamento, por ejemplo. De proceder de esta manera se estaría provocando una grave distorsión de Ordenamiento.

La claridad en la redacción de la norma, especialmente en lo que se refiere a las cuestiones que hacen referencia al rango, derogación, efectos, dispensas, excepciones, modificaciones y vigencia de la norma evitan el ambiente de oscuridad, opacidad y ambigüedad en el que no pocas veces caen los legisladores o administradores de nuestro tiempo. Cuando esto ocurre, normalmente nos encontraremos ante la generación de un contexto de oscuridad o penumbra buscado por el poder para actuar sin limitaciones, sin restricciones. Es la expresión de un poder que no quiere controles y que legisla o administra persiguiendo siempre hacer su voluntad, utilizando el Derecho y la técnica normativa como meros instrumentos accidentales para consumir sus propósitos. Por eso es tan importante que las reglas o directrices de técnica normativa tengan un adecuado rango jurídico que permitan que el Derecho siga siendo un dique de contención frente a las inmunidades que busca el poder público.

En sede de principios generales sobre la o las disposiciones derogatorias, que obviamente deben ir en la parte final de la norma, nos topamos ante lo que en España se llaman leyes ómnibus o leyes de acompañamiento que, aunque en la actualidad hayan perdido tal denominación, la realidad es que la fuerza de la costumbre lleva a que se hagan modificaciones o reformas normativas aprovechando las últimas leyes de cada año. Un principio de técnica normativa que hemos de seguir en la materia es que las reformas han de hacerse en la norma de referencia. Si resulta que cada año, fruto de una peculiar evaluación normativa de los ministerios, se decide acometer una serie de reformas o modificaciones en algunas normas, la pregunta sería por qué no se busca alguna práctica parlamentaria que proceda a implementar dichas reforma so modificaciones en las leyes de referencia. De lo contrario, vamos a tener leyes de presupuestos en las que se reforma la ley tributaria, la de función pública, la de concesiones de obra pública o la de pesca marítima, por ejemplo. Ciertamente, esta inquietante práctica en la que han caído todos los gobiernos de nuestra joven democracia resulta muy nociva para la seguridad jurídica. Primero porque se hacen cambios en las normas sin una perspectiva de conjunto de la norma a reformar y, segundo, porque en unas enmarañadas y sinuosas disposiciones finales de la ley de presupuestos en la que se alteran leyes de toda clase y condición, no es fácil que prevalezca la claridad, la condición y la complitud, sino todo lo contrario, que es lo que suele ocurrir, con grave deterioro del Estado de Derecho y del Ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere a la formulación interna de la norma, a su estructura, son francamente atinadas las consideraciones efectuadas por el profesor Fernando Santaolalla, para quien el contenido de la norma ha de ser homogéneo, completo y lógico. Caracterización que da idea de la trascendencia que tiene para la seguridad jurídica que, efectivamente, las normas cumplan dichos requisitos.

La homogeneidad se refiere a que cada norma ha de referirse a una sola materia, evitando la dispersión y la tentación a la confusión y a la ambigüedad que se produce cuándo se aprovecha una norma, por ejemplo, para derogar o modificar otras. Es lo razonable, porque si se utilizan las normas única y exclusivamente para una política de

reforma legislativa sin ton ni son y sin sentido, entonces una vez más las normas no son la expresión de la justicia sino un instrumento en manos del poder para que éste alcance sus objetivos. Que cada norma regule una materia es conveniente para la seguridad y la certeza jurídica como también para una más congruente y razonable tarea de interpretación o hermenéutica jurídica. En el Estado compuesto tenemos el problema de que es posible que sobre una materia hayan de coexistir desarrollos normativos diferentes. Es el caso frecuente en el Derecho español de que una materia sea objeto de la legislación básica por el Parlamento nacional y su desarrollo por normas administrativas de origen autonómico. Es tan importante esta característica de la norma que el propio Tribunal Constitucional ya ha lanzado una advertencia sobre las leyes de presupuestos que, como decimos en España, “aprovechan que el Pisuerga pasa por Valladolid” para, en el mismo viaje, modificar, a veces a fondo, otras leyes estatales. En efecto, en la sentencia 991/1987 el máximo intérprete de la Constitución señaló que esta práctica era incorrecta. Algún día, sin embargo, se tendrá que anular alguna ley que incurra en este vicio precisamente por lesión de un principio básico de relevancia constitucional, como es el principio de seguridad jurídica.

El contenido de la norma ha de ser completo. Normalmente, el título de la norma delimita el contenido de ésta que ha de ser lo más completo posible, lo que no implica que necesariamente la complitud de la norma exija rúbricas o títulos demasiado largos, lo que, en ocasiones, no es más que el reflejo de la falta de criterio del legislador o, en otros casos, no es más que la manifestación de la confusión y ambigüedad que tanto caracteriza la técnica normativa de nuestro tiempo. Que el contenido de la norma sea lo más completo posible, no quiere decir que sea total puesto que muchas veces la totalidad no es sino posible a través de varias normas. Piénsese por ejemplo en el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. ¿Debe estar regulado en una sola ley? ¿No es más razonable incluir en la ley reguladora de cada jurisdicción la materia específica de la protección de los derechos fundamentales en dicho orden procesal?

El contenido de la norma ha de ser lógico, congruente con los objetivos de la norma. Es decir, ha seguir un orden sistemático que ayude a la mejor comprensión del contenido de la norma. Así, siguiendo una tradición inveterada de buena técnica normativa todas las directrices o reglas que se han ocupado, y se ocupan de esta cuestión, dicen que ha de procederse siempre de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto, de lo más relevante a lo menos importante, de lo normal a lo excepcional o, por ejemplo, de lo sustantivo a lo adjetivo. La manera lógica de ordenar sistemáticamente las normas consiste en dividir las en la parte inicial, la parte dispositiva y la parte final.

En la parte inicial se cuenta con las disposiciones generales, que son las que hacen referencia a la finalidad de la norma, el ámbito territorial, el ámbito personal, los principios inspiradores, las definiciones, si es que son imprescindibles, así como los motivos que llevan al Legislador o al complejo Gobierno-Administración a elaborar la norma en cuestión. Según la naturaleza de cada norma, en unas la parte inicial será más o menos larga, en otras habrá una amplia exposición de motivos o preámbulo.

La parte dispositiva es la parte sustancial de la norma. En ella se encuentra el régimen jurídico previsto, las cuestiones de organización, el catálogo de derechos y deberes, las obligaciones, las prohibiciones, las excepciones, las cuestiones sancionadoras o, incluso, las reformas o modificaciones normativas. Es decir, en la parte dispositiva, que será la más larga o amplia de la norma, deberán establecerse las prescripciones de régi-

men jurídico y demás cuestiones que afecten centralmente a la materia objeto de regulación. Por ejemplo, sería francamente desacertado y una muy mala práctica dejar para la parte final las cuestiones medulares de la norma a través de enmarañadas y largas disposiciones adicionales o finales.

La parte final de la norma ha de ser concisa, concreta y escueta. Las disposiciones adicionales han de ser eso, adicionales, disposiciones que añaden determinados aspectos accidentales al nervio o espina dorsal de la norma. La o las disposiciones derogatorias deben ser concretas, claras evitando la abstracción o la abstracción. Y las disposiciones finales, mejor la disposición final ha de ser la disposición de cierre de la norma: aquella referente a la vigencia y momento de entrada en vigor de la norma.

Por lo que se refiere a la formulación externa, a la estructura formal de la norma, de acuerdo con el profesor Santaolalla, ha de cumplir dos esenciales requisitos. El primero, la uniformidad; es decir, que exista una lógica continuidad con las normas de su misma categoría o rango. Segundo, la congruencia; esto es, que exista una razonable proporción y correspondencia cuantitativa y cualitativa entre el objeto de la norma y su representación formal. También en esta materia es de aplicación ese dicho popular de que no se puede matar una mosca a cañonazos. No tendría sentido, por ejemplo, dedicar a una corrección de errores varios preceptos de un decreto.

Trataremos ahora, en sede de estructura formal, de algunas reglas relativas al encabezamiento, al preámbulo, al cuerpo y al final de la norma, teniendo siempre muy presente las exigencias que la seguridad y la certeza normativa plantean en esta materia.

Por lo que se refiere al encabezamiento de la norma ha de tenerse en cuenta que el título ha de identificar con precisión y plenitud la materia objeto de la regulación. Igualmente, ha de permitir, si es el caso, diferenciar a la norma de otras más o menos conexas por razón de la materia. Es decir, el encabezamiento ha de permitir al lector conocer con rigor la clase de norma, el órgano que la aprueba, la fecha de su promulgación o publicación y su numeración entre las de su rango y categoría.

El preámbulo o exposición de motivos de la norma es, ciertamente, una cuestión siempre polémica, sobre todo cuándo se discute acerca de su valor normativo o interpretativo. En realidad, el preámbulo es la expresión de las razones o motivos por lo que se aprueba la norma, más los principios inspiradores que la presiden junto a las principales novedades que incorpora al Ordenamiento jurídico. Tiene un obvio valor interpretativo que la jurisprudencia siempre ha destacado en orden a la hermenéutica de algunos preceptos que en el articulado no hayan quedado todo lo claro que debieran. Además, la exposición de motivos facilita indudablemente la comprensión de la norma y ayuda también a un mejor conocimiento de sus objetivos y principales aportaciones.

El cuerpo de la norma se refiere a lo más relevante: la división correlativa en artículos numerados, que constituye la manifestación más tradicional y actual de la exposición sistemática del régimen jurídico que contiene la norma en cuestión. Los artículos, parece obvio, han de tratar de unidades argumentales redactadas de manera concisa, breve y completa, atentando a la seguridad jurídica esos farragosos y enmarañados artículos que tantas veces no son más que el deliberado intento de ambigüedad y confusión al que son tan dados, en ocasiones, algunos legisladores o algunos gobiernos y administraciones públicas.

Cuando la naturaleza de la norma lo exija, por su extensión o relevancia, no hay inconveniente en dividir los artículos de la manera que mejor atienda a la comprensión de la norma. Suelen dividirse los preceptos, en estos casos, en títulos, capítulos o secciones.

La parte final no debiera ser la más importante, pero últimamente, a juzgar por el uso que se hace de ella para meter “de rondón” algunas importantes modificaciones, ha de ser objeto de particular atención, de manera que, en efecto, cumpla función que tiene asignada y no la de “cajón de sastre” hoy tan, desgraciadamente, de moda. La parte final consta ordinariamente de las disposiciones adicionales, las disposiciones transitorias, las disposiciones derogatorias y las disposiciones finales. Las disposiciones adicionales están pensadas para establecer los regímenes excepcionales, las dispensas, las reservas de aplicación y las remisiones siempre que no sea posible regular estas cuestiones en el articulado. Si hay voluntad de hacerlo, no es difícil incorporar el contenido de las adicionales en el articulado. Lo que suele ocurrir es que se prefiere elaborar largas y complejas adicionales en las que, insisto, cabe todo atentando a las más elementales exigencias de la seguridad jurídica. Las disposiciones transitorias son inexcusables cuando se trata de una norma que regula una materia regulada con anterioridad de manera que los destinatarios de la norma conozcan con claridad el régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas nacidas antes de la entrada en vigor de la norma nueva. En las disposiciones derogatorias ha de señalarse con claridad y concisión las normas derogadas, recomendándose para ello evitar las disposiciones generales o abstractas y, si es posible, incorporando tablas de vigencia de las normas afectadas para mayor seguridad jurídica. Finalmente, las disposiciones finales se circunscriben a las reglas de aplicación, de supletoriedad, a las habilitaciones así como a las delegaciones y reglas de vigencia.

Una cuestión que también suele abordarse en esta materia es la referente al estilo de la norma, asunto conectado igualmente con la seguridad y certeza jurídica. ¿Deben redactarse, se pregunta el profesor Santaolalla, las normas de manera convincente, persuasiva y pedagógica? Para contestar a esta cuestión en menester partir de un presupuesto fundamental ya enunciado con anterioridad: las normas deben redactarse con claridad, el mandato que implica la norma debe estar en condiciones de ser entendido por quienes deben cumplirlo. Esto quiere decir, si seguimos a Santaolalla, que el estilo de la norma ha de ser objetivo, no sentimental ni emotivo; claro, no necesariamente convincente, y, finalmente conciso, no doctrinal o pedagógico.

Que el estilo de la norma deba ser objetivo quiere decir entre otras cosas que los términos empleados sean los propios y adecuados al contenido de la norma, sin concesiones a un emotivismo presente hoy en la vida política y social. Que la forma de redacción sea clara significa, ya lo hemos adelantado, que se evite el abigarramiento y el exceso de términos para que el contenido de la norma sea inteligible, al menos para los destinatarios de la misma. Y, que el estilo sea conciso quiere decir que las explicaciones o los criterios doctrinales sobre la solución a determinadas cuestiones hermenéuticas no tienen cabida, como regla general, en el estilo normativo. Esto, sin embargo, no quiere decir que estemos sentando categorías generales y universales de aplicación a todos y cada una de las unidades que componen el Ordenamiento jurídico. Son principios generales que admiten excepciones. Solo faltaría. Pero las excepciones han de ser eso, excepciones. De forma y manera que es posible que algunas normas, por su especial mate-

ria o su determinado contenido, puede requerir de algunas explicaciones o de cierto estilo pedagógico. Es decir, cada norma es cada norma, y las reglas de la técnica normativa son reglas generales que han de respetar la naturaleza, finalidad y objetivos de cada norma que, en determinados casos, aconsejarán seguir algunos criterios distintos de los generales sin que por ello pierdan su condición de reglas válidas.

El estilo de la norma, pues, ha de ser objetivo, claro y conciso. Ello tampoco quiere decir que necesariamente el estilo normativo haya de ser pobre, sin ritmo, frío e impersonal, como señala atinadamente Fernando Santaolalla. Ciertamente, dentro del estilo general normativo, la redacción de las normas ha de atender al subsistema en que estén inscritas. El estilo de una norma local en materia de policía de cementerios no será el mismo que el estilo de una ley educativa dictada por el Parlamento de una Comunidad Autónoma. El estilo de una norma administrativa no puede ser el mismo que el de una norma con fuerza de ley. Es decir, en el marco del estilo general normativo, encontramos a su vez especialidades y singularidades del llamado estilo administrativo y del estilo legislativo, pudiendo incluso dentro del estilo administrativo distinguir según el sector del Ordenamiento jurídico-administrativo en que nos encontremos.

Por otra parte, no se puede olvidar, como dice Santaolalla, que el estilo de las normas es la expresión de una actitud de fondo sobre la manera en que el Derecho ha de cumplir su función en la sociedad. Cómo la principal función del Derecho consiste en contribuir a la realización de la justicia, ciertamente el estilo y el lenguaje normativo estarán trufados de formas, giros lingüísticos y de redacción que permanentemente nos recuerden que la finalidad de las normas es también la realización de la justicia desde la materia que se trate en cada caso.

En las ciencias sociales el estilo de los textos ayuda sobremanera a la mejor comprensión de su contenido. Por eso, la técnica normativa proclama la necesidad de que el estilo de las normas sea el más apropiado para su mejor entendimiento, sobre todo por sus destinatarios naturales. Con ello no quiere decirse, ni mucho menos, que el lenguaje de las normas, su estilo propio, deba de ser tan exacto y riguroso que apenas sea comprensible ni siquiera para los expertos. Se trata, por el contrario, como apunta Santaolalla, de mantener la vigencia del Ordenamiento jurídico en la realidad social, lo que implica un serio y renovado esfuerzo por adecuar el lenguaje y estilo normativo en un contexto en el que resplandezca la justicia.

Desde otro punto de vista, se puede señalar que, ante la pregunta relativa a la exactitud del lenguaje normativo y las exigencias de la justicia, se debe tener presente que en alguna medida la técnica normativa es un arte de confeccionar las normas de manera que siempre sean proyección de la justicia pues, de lo contrario, estaríamos ante la ya denunciada versión alternativa de la técnica normativa de funestas consecuencias. Siendo esto así, es verdad que esta finalidad puede lograrse teniendo en cuenta que el lenguaje y el estilo varía de unas normas a otras pues no es el mismo el lenguaje o el estilo de las normas administrativas agrarias que el lenguaje y el estilo de un estatuto de autonomía de una Comunidad Autónoma.

Con respecto a si el estilo normativo ha de ser convincente, ya señalamos que como regla general no es imprescindible que así sea. Sin embargo, desde un punto de vista democrático, no cabe duda de que el derecho, las normas jurídicas, como señala Santaolalla, son más consistentes, más sólidas, en la medida en que efectivamente dispongan de una mayor capacidad o dosis de convicción para sus destinatarios natu-

rales. Quizás por ello, la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de mayo de 1987 dispone que las normas han de aspirar a ser convincentes “conforme a valores democráticos”.

Sobre el uso y selección de los términos jurídicos o normativos por parte del legislador o del complejo gobierno-administración, la regla general que demanda la buena técnica normativa es siempre escoger aquellos términos ya insertados en el patrimonio o cultura jurídica de un país. En esta tarea se comprueba la influencia recíproca entre lenguaje ordinario y lenguaje normativo, relación más íntima de lo que parece y que, según las culturas jurídicas en que nos encontremos, se proyecta con más o menos intensidad. Es decir, es razonable conservar las expresiones o giros normativos propios del acervo normativo por obvias razones.

El lenguaje normativo, por otra parte, es abierto y dinámico. Nunca es la expresión de un sistema petrificado o fosilizado por la sencilla razón de que el dinamismo y la renovación son características esenciales de cualquier sistema normativo que se precie. Sin embargo, el cambio y la reforma, que son inherentes a los sistemas sociales, no pueden conducirnos, por qué esté de moda, a la recepción en el seno del lenguaje y del estilo normativo de manifestaciones de vulgaridad o de chabacanería, por más que los usos del lenguaje ordinario circulen en esa dirección.

Otra cuestión no menor que suele plantearse en sede de estilo normativo se circunscribe a la obligatoriedad de los conocidos manuales de estilo. En mi opinión, siendo positiva la existencia de estos manuales, si estamos de acuerdo en que pueden ser elementos efectivamente orientadores en la materia no pueden ser reglas de imprescindible cumplimiento.

En este tiempo en el que vivimos, la transparencia de las normas no es una de sus características más frecuentes. En ocasiones no se conoce la finalidad real de las normas porque las circunstancias que envuelven su confección suscita la duda o la sospecha de que se ocultan o esconden algunos de los objetivos o propósitos que persiguen dichas normas.

Transparencia y proceso de elaboración de las normas son dos cuestiones indisolublemente unidas. Hasta tal punto que si en el procedimiento de confección de las normas se fomenta y facilita la participación y presencia de los sectores ciudadanos y profesionales afectados por la norma es más fácil garantizar la seguridad jurídica. Es decir, que los operadores jurídicos y los destinatarios naturales de las normas puedan saber a qué atenerse.

Ciertamente, la transparencia está muy vinculada a la certeza jurídica. En efecto, cuándo asistimos a la súbita aparición de normas elaboradas desde la unilateralidad o desde el misterio o el secreto, se hace un flaco servicio a la seguridad jurídica.

Por otra parte, la transparencia también está vinculada a la llamada viabilidad normativa. Es decir, ¿no es más transparente una norma cuándo se sabe y conoce perfectamente el objetivo que se persigue? ¿No es más transparente una norma cuándo el legislador o el complejo gobierno-administración conoce sobradamente la realidad sobre la que va a actuar la norma? ¿No es más transparente una norma cuándo se ha estudiado congruentemente sus posibilidades reales de aplicación? En este sentido, si analizamos con minuciosidad algunas de las normas existentes, encontraremos no pocas en las que cabe fundadamente pensar en términos de provisionalidad e incertidumbre.

Probablemente, si en el procedimiento de elaboración de las normas tuviera más trascendencia la consideración de los antecedentes, de la eficacia de regulaciones análogas en el pasado, de estudios comparados sobre la eficiencia de normas semejantes en países de nuestro entorno cultural, la certeza, la transparencia y la seguridad jurídica estarían más presentes de lo que lo están. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha advertido ya en alguna ocasión que la ausencia de antecedentes en la elaboración de las normas priva de elementos necesarios para el acierto final en la decisión que proceda en cada caso.

Los antecedentes, como apunta el profesor Santaolalla, han de dejar bien claro el fin y objetivo de la norma, su necesidad, por qué la regulación actual es insuficiente, la valoración de la forma seleccionada y, finalmente su viabilidad.

Otra cuestión muy relevante en las relaciones entre técnica normativa y seguridad jurídica la encontramos en el capítulo dedicado a la integración de los textos normativos en el Ordenamiento jurídico. Materia de la mayor trascendencia ya que las normas son componentes básicos del Ordenamiento, un sistema que tiene una serie de principios y criterios que también afectan a las normas y su elaboración lógicamente. Por ejemplo, el principio de seguridad jurídica es uno de los criterios de la arquitectura normativa que toda norma ha de seguir para merecer la calificación de norma jurídica. Lo mismo podría predicar del principio de legalidad, de publicidad, de irretroactividad, de buena fe etc, etc, etc.

El Ordenamiento jurídico está presidido, para lo que ahora nos interesa, por los criterios de claridad y racionalidad. Criterios que siendo exponentes esenciales del todo, de igual manera deben exigirse de las partes que lo componen ya que el Ordenamiento jurídico, como sistema que es, está llamado a cumplir sus objetos propios, entre los que se encuentra la realización de la justicia. En otras palabras, para que el Ordenamiento jurídico sea eficaz, las normas han de estar integradas entre sí y articuladas de tal manera que los principios generales del derecho estén presentes en ellas de forma y manera que la justicia resplandezca en el conjunto, lo que sólo acontecerá si también resplandece en cada una de sus partes.

Sabemos que el Ordenamiento jurídico, como sistema normativo que es, constituye un todo que se mantiene en el tiempo, como señala Santaolalla, porque son el resultado de un proceso de acopio y acumulación de experiencias y decisiones. Experiencias y decisiones que a la altura del tiempo en que nos encontramos constituyen un conjunto de enseñanzas que deben ayudarnos a rectificar algunos rumbos y transitar por los seguros caminos de la seguridad y la certeza jurídica, lo que ciertamente se puede conseguir si somos conscientes de que las normas siempre y en todo caso deben elaborarse desde este punto de vista, desdeñando esa sutil y fuerte tentación del uso alternativo de la técnica normativa al servicio del poder de turno.

Es verdad que el Ordenamiento jurídico está en permanente cambio. Es más, la reforma forma parte de su fortaleza y de su sentido como ciencia social capaz de colaborar, desde el lugar propio, a la mejora de las condiciones de vida del ciudadano. Todos los días, si leemos los boletines oficiales de los Entes públicos, si seguimos la jurisprudencia seremos conscientes de la velocidad y del ritmo de los cambios normativos. Pues bien, a pesar de la legislación motorizada de la que hablaba Forsthoff, es exigible que el sistema funcione de acuerdo con su lógica y armonía interna de forma y manera que se conserve la coherencia y el sentido del Ordenamiento jurídico como expresión de realización permanente de la justicia.

En este campo, la técnica normativa se nos presenta como una ciencia formal con unos perfiles materiales: la seguridad y la certeza jurídica, que deben ser objeto de plasmación en la confección de todas y cada una de las normas que componen el Ordenamiento jurídico.

Es verdad que el principio de unidad del Ordenamiento jurídico, nota capital incluso en los países en los que como el nuestro la estructura del Estado es autonómica, constituye una referencia en la que también debe operar la técnica normativa. En España sabemos que desde hace tiempo existe un deliberado intento de ciertas minorías por destruir la unidad del Ordenamiento jurídico por pensar que la construcción nacional requiere también de Ordenamientos jurídicos propios, que coexistirían, si bien paralelamente, al Ordenamiento jurídico del Estado.

Sin embargo, la realidad nos dice que hoy por hoy España es un Estado unitario, fuertemente descentralizado política y territorialmente por supuesto, pero un Estado con un Ordenamiento jurídico configurado como sistema en el obviamente caben diferentes subsistemas de acuerdo con la naturaleza y el rango normativo de las normas.

El principio de continuidad y de conservación del Ordenamiento jurídico es un principio esencial. El Ordenamiento, como expresión de la justicia, sigue una línea continua, con cambios y reformas obviamente, siempre conectada a la aspiración a la justicia. Es decir, el Ordenamiento jurídico se mantiene en el tiempo y en el espacio. Opera en estas coordenadas y en ellas despliega su eficacia. El problema lo encontramos cuándo en un contexto abierto, dinámico y complementario como es el espacio en el que labora el Ordenamiento jurídico, aparecen cambios radicales en lo referente a las referencias a la justicia y a la técnica de confección de las normas. Me refiero a la desagradable situación, hoy presente en no pocos países democráticos, del asalto al Ordenamiento desde las más rancias aproximaciones del uso alternativo del Derecho que conciben y construyen el Ordenamiento como una herramienta más para la transformación de la realidad sin importar su adecuación a la justicia porque, insisto, la norma se convierte en un arma que se empuña para dividir, fraccionar o, en todo caso, imponer una determinada manera de concebir el mundo y la realidad que nos rodea. En este ambiente, la seguridad jurídica, la certeza jurídica no son más que variables accidentales que pueden encajar o no si es que lo demanda el superior interés del mantenimiento en el poder como sea y al precio que sea.

En los Ordenamientos jurídicos son necesarias, hoy quizás más que nunca, algunas reglas claras, generales y de aplicación común, sin perjuicio, es claro, de las singularidades que en cada caso dicte la recta razón. Hoy, lo vemos en España a diario, la falta de reglas clara supone la posibilidad de autodestrucción de la unidad del Ordenamiento por mor de las concesiones que se hacen a alteraciones unilaterales de la Constitución al margen del procedimiento especialmente diseñado en la Norma fundamental para las reformas.

Por otra parte, la proliferación de normas con infinitas remisiones, enmarañadas y frecuentes adicionales y complejos sistemas de derecho transitorio dan lugar a una continua tensión que en ocasiones lesiona esencialmente la unidad del Ordenamiento. Unidad que, por supuesto, es compatible con la diversidad.

Es más, conservando el alma común del Ordenamiento, la diversidad, entendida desde el equilibrio y la lógica, hasta puede fortalecer la unidad por la sencilla razón de

que en el sistema normativo, en el Ordenamiento jurídico, coexisten toda una serie de subsistemas con sus propias normas que, obviamente, también responden a los principios inspiradores del subsistema en que se integran.

En el caso español, nuestro Ordenamiento jurídico está compuesto por los Ordenamientos de cada una de las Comunidades Autónomas más la legislación general sobre los Entes locales.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO BLANCO, F. *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1998

CLAVERO ARÉVALO, M.F. “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, *RAP*, N° 7, p. 51 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho”, *RAP*, N° 40, p. 189 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El principio general de buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 1999.

DE LA CRUZ FERRER, J. “La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales en el derecho público francés”, *RAP*, N° 111, p. 441 y ss.

LEGUINA VILLA, J. “Principios generales del Derecho y Constitución”, *RAP*, N° 114, p. 7 y ss.

ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid, 1990.

BELADIEZ ROJO, M. *Los principios jurídicos*, Madrid, 1994.

SUAY RINCÓN, J. *La doctrina de los principios generales del Derecho y su contribución al desarrollo del Derecho Administrativo*, Homenaje al profesor González Pérez, I, p. 379 y ss.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. *La funcionalidad y eficacia de los principios generales del Derecho*, *Justicia Administrativa*, 15, pp. 52 y ss.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. “Las Directrices de Técnica Normativa”, *RAP*, N° 170, 2006, p. 41 y ss.

CUADERNOS DE DERECHO PUBLICO, N° 28, Monográfico sobre seguridad jurídica y aplicación del Derecho.

8. EL ESTADO DE DERECHO: UN DESAFÍO PERENNE

Armando RODRÍGUEZ GARCÍA*

Resumen: El artículo destaca la importancia que tiene la noción de Estado de Derecho en la civilización occidental contemporánea, atendiendo a su cualidad de paradigma como modelo para el ejercicio del poder, que se afianza en los límites que imponen los preceptos del Derecho, en función de la dignidad de la persona. Se sostiene que las situaciones contrarias a sus postulados, como lo que sucede en el caso venezolano refuerzan su presencia como marcador de la arbitrariedad y sus consecuencias, por lo que se afianza su superioridad racional y ética como posición útil para su defensa y restitución.

Palabras claves: Estado de Derecho, orden, valores, principios.

Abstract: The paper underline the constitutional granted rule of law as a concept loaded with significance in the contemporary occidental society in order of its quality as a model for the practice of the power limited by law precepts and regard for human dignity. Taking this starting point the paper proposes maintain the defense and restitution of the rule of law for Venezuela in its conceptual vigor as a rational marker that do not disappear because of the governing class illegal behavior.

Key words: Rule of law, order, principles, values.

PRELIMINAR

Abordar cualquier meditación sobre el Estado de Derecho viene a ser como transitar la lectura de un denso libro que viene escrito sin punto final.

Esta percepción se hace mas intensa y atractiva cuando el sentido del ejercicio reflexivo va dirigido a revisar estimaciones valorativas sobre el grado de fortaleza o deterioro que exhiben los indicadores de calidad institucional resultantes de la observación de una realidad concreta, y junto a ello, cuando el resultado de tal medición conduce al requerimiento de procurar la detección de posibles cauces para propiciar el rescate de las condiciones y los niveles de apego a los fundamentos jurídicos y éticos que se estiman aceptables para el desempeño de las diferentes instancias del Poder

* Director de Estudios de Postgrado en Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela. Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Central de Venezuela. Postgrado en Urbanismo (Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid). Integrante del Seminario de Profesores de la Primera Cátedra de Derecho Administrativo a cargo de D. Eduardo García de Enterría. Universidad Complutense Madrid (1970-1972). Ha sido Director del Instituto de Derecho Público, Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo, Jefe del Departamento de Derecho Público y Miembro del Consejo Técnico del Instituto de Urbanismo en Universidad Central de Venezuela. Profesor en diversas Universidades y en el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP España). Correo electrónico: arroga1@gmail.com.

Público, tal como se ha venido demandando sostenidamente en el panorama venezolano, con sobrada razón, a partir de la realidad imperante desde el comienzo del presente siglo.

De momento, y sin detenerse en elucubraciones de mayor calado, resulta suficiente con entender que esto es así por la cualidad de principio con jerarquía de valor fundamental que encierra la noción de Estado de Derecho, con lo cual, su perfil, su contenido, y el alcance que pueda tener como referente para perfilar una adecuada orientación, comporta en sí mismo un factor de adaptabilidad a las expresiones propias de las pautas evolutivas de la sociedad, en tanto se ofrece como una modelación, como un arquetipo paradigmático según el cual se estima que los miembros de una sociedad quedan sujetos, por igual, a las normas y procesos jurídicos legítimamente establecidos, es decir, al Derecho, en lo que se manifiesta como un andamiaje conceptual complejo, que no hace referencia o se agota en un texto legal en concreto porque presupone la comprensión íntegra del ordenamiento, en la plenitud de su expresión y de su alcance.

En ese contexto, tomamos contacto con la noción de Estado de Derecho, primordialmente desde la perspectiva jurídica pero advirtiéndolo, sin embargo, que para contar con una adecuada comprensión de tal noción no es posible despojarla de los componentes de corte politológico y sociológico que concurre a integrarse como factores esenciales de su configuración, pues, en definitiva, ésta viene a ser una categoría que funciona a manera de modelaje para sustentar la justificación de las instituciones jurídicas y políticas de un país, dispuestas para ejercitar el gobierno –en el mas amplio alcance de la expresión–, bajo parámetros a través de los cuales se procura interferir o reducir la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

Entonces, de alguna manera el sentido medular que recoge la noción de Estado de Derecho se encuentra presente en la naturaleza misma de la especie humana, pues resulta en buena medida asociada con las ideas de dignidad y libertad de la persona, lo que abona en favor de la interdicción de la arbitrariedad como un postulado fundamental para concebir las relaciones intersubjetivas basadas en el respeto, con lo cual viene a ser un punto de referencia primario para la comprensión y valoración de su potencialidad y su alcance, como posición de arranque valedera para avanzar cualquier aproximación, tanto en términos puramente teóricos, como para la prosecución de fines prácticos, aún cuando siempre es conveniente tener presente que el mejor soporte para las realizaciones prácticas es una buena y sólida fundamentación teórica.

En el entorno determinado por los aspectos referenciales anotados conduce a mantener presente que el Derecho, por su condición de creación cultural, es un organismo vivo y, por consiguiente, está sujeto a las variables propias de los organismos vivos, dentro de las cuales destaca su evolución, aparejada a la de la sociedad misma, en razón de lo cual, la caracterización de sus postulados varía en sus matices, sin que con ello se altere la esencia que identifica su naturaleza y su cualidad de valor principal.

De allí extraemos y significamos –por su importancia conceptual– la cualidad de paradigma que arropa a la noción de Estado de Derecho, la cual se expresa, entre otras formas, mediante su función de ideal dibujado como un horizonte que está siempre por alcanzar y que resulta constantemente reubicado en un nuevo punto de atracción mas elevado, que impulsa el movimiento hacia umbrales superiores. Pero también corresponde destacar su función como dispositivo que se emplea modo de patrón referencial para la medición valorativa, como un código, un parámetro o punto de control general

de incuestionable utilidad práctica para facilitar el contraste permanente en la evaluación de las fortalezas institucionales individualmente consideradas, así como, la robustez del sistema de decisiones publicas del país en su conjunto.

En consecuencia, como tal desiderátum, mantenemos el enfoque sobre el Estado de Derecho como una categoría que existe, se reconoce y se impone, sin requerir de un encapsulamiento normativo, de una formulación positivista, pues es, precisamente, un presupuesto del sistema de normas; o si se quiere, es una de esas normas superiores que nunca son publicadas porque son evidentes. De allí el empleo de la matización constante de las disposiciones positivas y los supuestos de hecho con el enfoque extraído de los postulados fundamentales asociados a los principios generales del Derecho y su concepción científica.

Como un dato complementario dentro de estas notas preliminares, se hace presente la inserción en la sociedad global y los valores universales que soportan la concepción de calidad de vida con todo su vigoroso y estimulante contenido. En efecto, los profundos cambios e innovaciones que de manera constante y sostenida ocurren en la sociedad de estos tiempos, potenciados por efecto del fenómeno de la globalización –que en buena medida es igualmente una manifestación de esos cambios–, recomiendan observar y entender las categorías jurídicas dentro de una cartografía mas amplia y frondosa, que viene compuesta por una multiplicidad de hechos sociales con sus connotaciones culturales, políticas, éticas, e incluso, técnicas y tecnológicas.

Entendemos que, de esta manera, se puede apreciar en términos mas certeros y eficientes el carácter evolutivo que acompaña a esta noción, y con ello, la conveniencia de percibirla y emplearla como una categoría dispuesta para ser entendida en términos de progresión, que por su sentido y alcance vincula la carga conceptual de lo jurídico con los objetivos generales de orden social y cultural que le asignan un relevante sentido de utilidad práctica. En ese sentido se aprecia que no se trata de un concepto rígido y absoluto, antes bien, siendo un paradigma de sistema de vida, mantiene como núcleo duro de su presencia el carácter de patrón de un complejo de valores compartido por la sociedad, en razón de los cual podrá encontrarse un mayor o menor grado de acercamiento estable al reconocimiento y respeto de tales valores, sin que ello altere su significación, preponderancia e incuestionable racionalidad de su presencia, en tanto la existencia de conductas contrarias deliberadas o no, bien sean eventuales o sistemáticas, no alcanzan a destruir sus postulados ni a hacerlo desaparecer, pues conducen a realzar su importancia por contraste.

Cuando no se respeta el orden jurídico, o cuando no se aplica debidamente por el agente encargado de hacerlo, no significa que el Derecho deja de existir. En tales casos, lo que ocurre, simplemente, es que aflora una conducta contraria a sus principios, sus postulados o sus previsiones normativas. Ese evento puede ser detectado, evaluado, denunciado y corregido, precisamente, porque el Derecho permanece allí, y su presencia invita a rescatar la rectitud e intensidad de su vigencia, como un desafío permanente e inagotable.

En la ruta que ofrece tal desafío, a los fines de explorar el singularmente desafortunado caso de la Venezuela actual, comenzamos por revisar el carácter esencial y la estabilidad de la noción de Estado de Derecho, que convive con su constante evolución conceptual, siempre asociada a su nota de progresividad en extensión y alcance.

I. EL CONCEPTO Y SU EVOLUCIÓN

Una buena entrada para realizar el tránsito de este punto dentro, del enfoque general planteado para el análisis, es la que nos ofrece la definición que recoge el *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, recientemente publicado por la Real Academia Española, bajo la coordinación de su Director, Santiago Muñoz Machado¹.

En esta obra se recoge la significación de la expresión Estado de Derecho, en estos términos:

“1. *Adm. y Const.* Organización política de la comunidad orientada a la limitación del poder para preservar una esfera autónoma de acción y de realización a los ciudadanos.

* *Parte de la primacía del individuo. El Estado no es un hecho político originario, sino la creación o prolongación de la nación, producto de un pacto entre los individuos, para defenderse y protegerse, tal y como Rousseau lo expresó en su Contrato Social. Frente al estado de policía fundado en el bon plaisir del príncipe, surge el culto al derecho como fuerza capaz de ordenar las relaciones del Estado con la sociedad y encauzar correctamente los objetivos de los poderes públicos. Todo queda bajo la ordenación de la ley. Ya no más, como en el absolutismo, rex facit legem, sino que lex facit regem. En el Estado de derecho, no hay sitio para el gobierno de los hombres, sino que es el <<reino de las normas>>, el government by laws.*

2. *Eur.* Valor común a la UE y a sus Estados miembros.

* *TUE, art. 2.*”

Se destaca a primera vista el sentido principal y utilitario que alberga la expresión, en cuanto alude a un sistema o modo funcional que acoge la comunidad para su funcionamiento, atendiendo a un criterio de racionalidad que prioriza la libertad y la dignidad de las personas de cara a las manifestaciones derivadas del ejercicio de la autoridad pública, a cuyo efecto el poder se sujeta al Derecho, al orden jurídico, en tanto creación intelectual y expresión cultural que permite reducir los costos de las transacciones sociales y, en consecuencia, sostener el ambiente adecuado para el mantenimiento de condiciones de convivencia y bienestar, en atención a lo cual se perfila como un valor, un principio fundamental, mas que como una capsula regulatoria concreta para un supuesto específico.

Desde este punto de vista cobra particular significación la segunda acepción formulada, como *valor común a la Unión Europea y sus Estados miembros*, insertada en su Tratado Fundamental, por lo que representa el factor histórico en la instalación del concepto, estrechamente asociado a la búsqueda constante de fórmulas destinadas a embridar el poder reduciendo el autoritarismo, lo que en definitiva abona en la nota evolutiva que distingue a esta categoría.

¹ El *Diccionario Panhispánico del español jurídico* aparece en formato digital (<https://dpej.rae.es>), y en su elaboración se emplea metodológicamente la participación de juristas del ámbito panhispánico para alimentar la visión plural del lenguaje en este campo científico. Cabe destacar que su coordinador, además de prestigioso catedrático y fino cultor del Derecho administrativo, es el primer jurista que ocupa la posición de Director de la Real Academia Española desde hace un siglo, cuando ejerció ese cargo Don Antonio Maura.

En el fondo de la cuestión permanece el sentido de aspiración permanente por alcanzar umbrales mas elevados de equidad, igualdad, justicia y libertad que acompaña al ser humano como parte de su patrimonio individual y social.

Es lo que, en buena medida, se concibe como calidad de vida, en términos materiales, intelectuales y espirituales, y de allí se comprende con facilidad la magnitud valorativa que se asigna a la noción de Estado de Derecho (con expresa formulación normativa en muchos textos fundamentales de diversos ordenamientos), que no es mas que la valoración del Derecho como desiderátum, como proposición paradigmática que envuelve a esa búsqueda de superación, lo que pone de relieve el sentido de futuro de estas nociones que, sin embargo, hincan sus cimientos en sus propios antecedentes y en la fuerza de su evolución y las transformaciones que inyecta el entorno cultural en el cual se despliegan, lo que en términos orteguianos se expresaría afirmando que *la vida es una serie de colisiones con el futuro; no una suma de lo que hemos sido, sino de lo que anhelamos ser*, aún cuando, glosando esa expresión, pensamos que su contenido es aplicable al derecho, entendiendo que su sentido no excluye la experiencia acumulada, aunque privilegia el sentido de la aspiración y la progresividad como norte, pues las manifestaciones del Derecho son realidades cargadas de historia que, por consiguiente, permiten explicaciones que facilitan su comprensión desde ese enfoque.

En cuanto a su configuración como conocimiento científico –al igual que sucede desde su presencia como realización practica– el Derecho es una realidad tangible, que conocemos, percibimos, sentimos, aplicamos y nos ofrece resultados prácticos, porque “el sistema jurídico está en todas partes, con nosotros y a nuestro alrededor el Derecho está ampliamente presente, aunque a veces sea invisible ...ello no significa que el Derecho nos aprisione como una coraza. El Derecho está en la atmósfera, tan ligero al tacto como el aire...”². De este modo, desde la concepción científica del Derecho se evalúan y se someten a una constante consideración crítica sus fundamentos y sus instituciones, lo que trae como consecuencia el reforzamiento de la racionalidad que las soporta y la posibilidad de adecuarlas a las nuevas demandas derivadas de la realidad social, en tanto instrumento irremplazable de subsistencia. Así se pone de relieve su cualidad científica que, desde luego, no puede desvincularse de su condición instrumental práctica, pues como ha enseñado García de Enterría, mediante una expresión que recuerdo repetidamente por su acierto y sentido didáctico: “la meditación científica del derecho no es una operación abstracta y meramente culturalista, ajena a la vida real del derecho –como la astronomía no influye en el comportamiento de los astros–, sino que ella misma es un trozo primario de la vida del derecho”³.

Tratándose de una categoría que pone en juego la limitación al poder con el objetivo de resguardar los espacios de libertad del individuo de la especie humana, viene a configurarse simultáneamente como un ideal y como un método, por lo que la cuestión medular del asunto puede plantearse en los términos empleados por Joaquín Blanco, quien expresa que, “...Poder y Estado son términos interrelacionados, obligados a con-

² Lawrence M. Friedmann. *Introducción al Derecho Americano* (Traducción Joan Vergé i Grau). Librería Bosch. Zaragoza, 1968.

³ Eduardo García de Enterría. “Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho”. En *Revista de Administración Pública* Nº 40. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963.

vivir juntos. El Poder encuentra en la sociedad política el marco mas adecuado para su ejercicio y para su desarrollo. El Estado necesita del Poder para organizarse, para mantener el orden y en definitiva, subsistir. El Estado sin Poder se convierte en un ente inerte vacío de sustancia, en un no-Estado, por eso el Poder es el requisito *sine qua non* para la existencia de la máquina estatal...⁴, a lo que seguidamente añade el componente que convoca la presencia del Derecho, para completar su planteamiento de esta manera: "... El Poder del Estado se apoya en el conocimiento del ordenamiento jurídico que él mismo ha generado, al propio tiempo que trata de promocionar culturalmente al ciudadano potenciando con ello indirectamente la tecnología y propiciando el imperio de la justicia social..."⁵. Atendiendo a consideraciones de ese tenor se puede comprender en qué medida la idea y el ideal del Estado de Derecho se erige como un ideal extremadamente potente para enfrentar el totalitarismo, la arbitrariedad y el autoritarismo, al tiempo que funge como una solida plataforma para la construcción y consolidación de regímenes democráticos; pero también esa potencia conduce a la aparición de las perversas tentaciones por escapar a sus alcances.

Las nociones de Poder y Derecho han estado vinculadas permanentemente a lo largo de la historia de la Humanidad aunque, desde luego, con importantes variaciones derivadas de la forma en que se perciben ambas nociones en un contexto histórico y social dado, pues, tal como advierte Alejandro Nieto, "Derecho, ciudadanos y poder, son abstracciones intelectuales de un contenido cultural muy concreto, que imposibilita su aplicación incondicionada fuera del concepto histórico que les ha producido..."⁶.

En cuanto al surgimiento de la concepción de Estado de Derecho, el profesor Moles Caubet apunta que, "Ese tipo de Estado adviene con el cambio de mentalidad, es decir, *una nueva concepción del mundo* cuyo exponente histórico representan las revoluciones norteamericana (1776) y francesa (1789). Se trata del tránsito de lo teleológico a lo antiteleológico, que es precisamente lo que significa el agnosticismo. En vez de Dios, que es lo trascendente, el hombre, que es lo inmanente. Por tanto, el centro de la concepción del Estado será el hombre individualmente afirmado como único sujeto de la razón, del conocimiento, de la libertad, de la personalidad, etc.; en suma, la doctrina del subjetivismo, cuyo expositor fue el filosofo E. Kant (1724-1804)."⁷

De su parte, apuntando a la evolución conceptual de la categoría, García Pelayo viene a precisar que: "La noción del Estado de Derecho tiene cerca de dos siglos de existencia desde que surgiera como fruto tardío de la ilustración. Una vida tan larga implica que ha pasado por distintas etapas en función de las modalidades del pensamiento jurídico de cada tiempo, si bien siempre ha sido considerado como uno de sus supuestos la existencia de una constitución que incluya unos derechos fundamentales y la división de poderes. Configurada en sus orígenes como un amplio programa político en la línea del liberalismo progresista, típico de una burguesía en ascenso, va perdiendo

⁴ Joaquín Blanco Andrade, *Teoría del Poder*. Ediciones Pirámide. Madrid, 1977, p. 191.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Nieto, Alejandro. "El Derecho como limite del Poder en la Edad Media". En *Revista de Administración Pública* Nº 91. Madrid, 1980. p. 7.

⁷ Moles Caubet, Antonio. "Estado y Derecho (Configuración jurídica del Estado)". En *Studia Iuridica* (Publicación anual de la Facultad de Derecho) Nº 1. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1957, p. 302.

cada vez mas en abstracción y amplitud de horizonte intelectual para ganar en precisión y tecnicidad destinadas a garantizar la seguridad de una burguesía consolidada frente a las injerencias del Estado”⁸.

La idea de Estado de Derecho se afianza y se va perfilando mediante la ampliación de sus referentes fundamentales en la configuración estatal, dando como parte de su alcance la división de poderes, la determinación de las competencias y potestades del aparato público, la sumisión de las estructuras del Poder Público y de las normas del ordenamiento positivo a la primacía constitucional, y el control jurisdiccional de las instituciones del Estado en virtud de su sujeción al orden jurídico. Pero además, la concepción de los factores limitantes del poder, como Derecho, incluye los valores y principios en una proyección que se amplía en su espectro hacia la presencia de los Derechos Humanos y, en general, la tendencia sostenida hacia la configuración del Derecho Público Global.

En fin, es una idea que mantiene coherencia con los principios, con lo fundamental y trascendente, mas que con lo contingente y circunstancial, de donde se afianza su cualidad de referente o baremo que permite evaluar y determinar la pertinencia y el apego de actos o conductas a sus parámetros que son, en definitiva esos valores y principios que lo conforman como ideal y como método.

De allí deviene la propensión a entender técnicamente al principio de supremacía de la Constitución como un concepto análogo al Estado de Derecho, aún cuando su alcance supera el ámbito estricto del texto normativo fundamental, pues se apoya mayormente en categorías teleológicas o valorativas que refuerzan el sentido de coherencia del sistema jurídico, “... y por ello la última finalidad del sistema jurídico es el intento de que a totalidad de lo jurídico esté determinado en función de una cierta forma de vida social, a través de una suma de principios relacionados.”⁹

En fin, apelando a los términos empleados por el profesor Delpiazzo podemos resumir diciendo que “los rasgos capitales del Estado de Derecho en sentido material o técnico son: el reconocimiento constitucional de la personalidad humana y su libertad como valores de principio, la afirmación de que los órganos del Estado solo tienen poderes expresos y limitados, y un régimen de garantías para prevenir y reprimir todo desborde de autoridad...”¹⁰, lo que comporta la presencia integrada de los principios de juridicidad, la jerarquía normativa, la responsabilidad, la irretroactividad, etc., como marco operativo establecido para la preservación de las categorías integradas en los estándares de la sociabilidad contemporánea, como lo son la democracia o los derechos humanos, aún cuando éstos referentes precursores de valores primordiales y condiciones mínimas de calidad de vida, no aparecieran mencionados textual y expresamente en los dispositivos reguladores de la Constitución.

⁸ García-Pelayo, Manuel. “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional Español”. En *ILANUD*, Año 9-10, Números 23-24. Panamá, 1989, p. 9.

⁹ Villar Palasí, José Luis. “Consideraciones sobre el Sistema Jurídico”. *Revista de Administración Pública* N° 100. Madrid, 1983, p. 516.

¹⁰ Delpiazzo, Carlos. *Derecho Administrativo General*. Tercera edición actualizada y ampliada. Vol. 1. Montevideo, 2020, p. 36.

Como indicábamos antes, se aprecia una proyección del contenido, alcance y sentido de la noción de Estado de Derecho, en función de la cual se superan los umbrales de la subordinación a la legalidad formalmente establecida en el arsenal del ordenamiento positivo, inicialmente planteados con un claro predominio del limitado enfoque positivista, y se abre paso a una concepción con mayor carga de abstracción y progresividad que convoca decididamente a los principios y valores fundamentales como referentes de base en la construcción y en el sentido operacional del concepto.

Tal es el realce que se le imprime al concepto de Estado de Derecho en el caso del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), que el *Diccionario Panhispánico del español jurídico* incorpora como segunda acepción del vocablo, con la mención “valor común a la UE y a sus Estados miembros”, remitiendo al artículo 2 de dicho Tratado (*vid supra*)¹¹. Como se observa en este caso concreto, la mención al *Estado de Derecho* se incluye en un elenco de referentes que configuran un conjunto armónico (*dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, derechos humanos, derechos de las personas pertenecientes a minorías*), y son susceptibles caracterizarse por su cualidad de objetivos deseables a los cuales se deben dirigir las acciones, en razón de su sentido favorable o beneficioso (valores), y que, por consecuencia, sirven de medida para determinar el grado de apego de las conductas y el nivel de alcance de los objetivos. Pero ello será en el entendido de que, por ser valoraciones asociadas a un sentido de virtud, se ubican como umbrales móviles, en permanente escalada, incrementales, y no como valores determinados o fijos, con lo cual, no parecen estar confinados dentro de una definición rígida, pues se asocian más a una percepción cargada de fuerza cultural que a una realidad inconvencional.

En definitiva, la idea de Estado de Derecho reconduce a la noción de Derecho que, al igual que sucede con los otros vocablos cargados de poder por encerrar el sentido de valores inherentes al ser humano (justicia, libertad, dignidad, democracia, igualdad), están presentes como puntos de referencia, independientemente de la proclama sobre su formulación formal, protocolar o expresa.

En consecuencia, tanto su existencia, como su sentido útil y práctico no están subordinados a la nominación contenida en un dispositivo del ordenamiento positivo, ni a la presencia de conductas ajustadas a sus previsiones; antes bien, el Derecho, la Justicia, la Igualdad, la Democracia y todos los otros valores mencionados persisten como tales, aún cuando se puedan registrar actuaciones aisladas o conductas generalizadas y reiteradas que resulten sutil o groseramente contrarias a sus postulados; antes bien, en tanto se trata de valores referenciales, son también patrones racionales, por lo que la posibilidad de un registro insuficiente o contrario a los estándares que implican, reafirma su existencia y atrae su empleo, comenzando por ser el factor basal que permite la evaluación y calificación de tal actuación o conducta y, desde luego, la posibilidad de derivar consecuencias, como puede ser corrección, su reencauzamiento o la producción

¹¹ El texto en referencia es el siguiente: “Artículo 2. La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.” (<https://boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2016-70015>).

de un mecanismo compensatorio de los resultados negativos o indeseables que pudieran haberse generado. Dicho en otros términos, el Derecho Penal no deja de existir porque se cometan delitos, e incluso, porque habiéndose producido tales conductas, los mecanismos previstos como respuesta (sanción) no se hayan producido; por el contrario, su existencia real y eficiente es lo que permite verificar, evaluar y proponer conclusiones que van a resultar basadas, precisamente, en el Derecho, sus concepciones teóricas y sus categorías.

De igual manera, el Estado de Derecho no desaparece, no se extingue como consecuencia de actuaciones que lo desconozcan o sean antagónicas con sus postulados. Concebirlo y aceptarlo de esa manera conduce a un grado de debilidad del concepto que termina haciéndolo inútil, puesto que sería tanto como partir de su inconsistencia, lo que es igual a negarlo. Condicionar la existencia del Estado de Derecho a la presencia real de un funcionamiento de los agentes del poder público plenamente adecuado y acorde con los postulados que lo identifican es, cuando menos, una apreciación cargada de ingenuidad. Así como, atendiendo a un principio de funcionalidad y certeza se afirma que *la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento*; atendiendo a la racionalidad y la experiencia podemos afirmar que *la existencia de la ley no garantiza su cumplimiento*, pues el Derecho aprovisiona a los sujetos con las herramientas necesarias para la resolución de los asuntos derivados de las situaciones y relaciones con trascendencia jurídica, pero no asegura *per se* el sentido del comportamiento humano.

Bajo estas premisas corresponde poner en consideración la medición de los estándares de cumplimiento del Estado de Derecho y considerar posibles fórmulas para la recuperación de los cauces de acercamiento y respeto a sus postulados en una sociedad y en un momento dados, tal como ocurre en el caso venezolano en la actualidad.

II. EL ESTADO DE DERECHO EN LA VENEZUELA ACTUAL

En sintonía con los planteamientos antes consignados es pertinente advertir que la revisión del nivel de cumplimiento de los postulados inherentes al Estado de Derecho en el entorno que presenta una realidad concreta, pone en posición destacada el sentido de relatividad que impregna a esa situación determinada en contraste con los marcadores que resulten aplicables, admitiendo, al mismo tiempo, que en la ciencia jurídica —a diferencia de lo que sucede en otros campos del conocimiento, como el de la química biológica— no se dispone de reactivos que nos permita detectar los niveles de presencia de una sustancia determinada en los asuntos objeto de su estudio y evaluación, así como tampoco resultan aplicables los algoritmos como método adecuado a estas cuestiones, a pesar de la utilidad que en el manejo de datos y en la optimización de las funciones inherentes a los ambientes propios de la robótica y el empleo de las nuevas tecnologías pueden aportar los sistemas de la inteligencia artificial, en tanto medios auxiliares.

Para la evaluación del cumplimiento de los postulados jurídicos y éticos por parte de los gobiernos, se amerita una labor de criba que permita tamizar con el nivel de agudeza requerido los datos y referencias seleccionados o disponibles, y con ello, manejar los distintos elementos útiles al objetivo planteado, en el entendido de que en esta época el Derecho ha cobrado proyección e importancia en magnitudes muy superiores a lo que se registraba en etapas anteriores, con lo cual, tal como indica el profesor Rogelio Pérez Perdomo, "... El estado de derecho se considera la única forma concebible de organización estatal, con ramas del poder público que se controlen entre sí, con mecanismos

para que la conducta de los gobernantes se ajuste a la normativa legal y constitucional, y con garantías para que los derechos de los ciudadanos sean respetados. Los gobiernos deben provenir de elecciones. Las rebeliones y golpes de estado no se consideran ya métodos aceptables. Los fraudes electorales y el uso del poder público como palanca electoral tampoco, pues deslegitiman a los gobernantes. Derecho, o estado de derecho y democracia, se consideran dos aspectos complementarios de los sistemas políticos de la civilización contemporánea (...) Los derechos humanos están declarados internacionalmente y existen instituciones de todo tipo que evalúan cual es el estado de los derechos humanos en cada país del mundo. Distintas organizaciones mundiales evalúan la calidad del estado de derecho también en cada país. Se han constituido tribunales supranacionales que pueden condenar la conducta de los estados...”¹².

Dentro de este esquema, y atendiendo a la preponderancia que ostenta la figura del texto constitucional, ésta se presenta como un referente obligado de primera línea, tanto por la superioridad jerárquica de su rango normativo, como por el alcance y la penetración de sus postulados en la configuración del paisaje general del ordenamiento jurídico positivo de cada país. No obstante, sobre este aspecto del asunto, conviene tener muy presente la advertencia de García-Pelayo, en cuanto a que “...el Derecho constitucional vigente, como todo Derecho, no es la pura norma, sino la síntesis de la tensión entre la norma y la realidad con la que se enfrenta...”¹³, lo que invita a reducir el apetito que parece ofrecer el empleo de un positivismo ciego que invita a despachar el análisis con la sola lectura de la norma, que termina por venerarse con fidelidad totémica, sin reparar en que construir la comprensión de las cuestiones del Derecho solamente a partir de los textos legales es tanto como renunciar a comprender cabalmente su sentido¹⁴.

De esta manera encontramos que, como vamos a verificar de seguidas, la idea del Derecho que se refleja en la vigente Constitución venezolana de 1999 no difiere de la contenida en el anterior Texto Fundamental de 1961, y probablemente una revisión mas detenida daría pistas sobre una percepción mas o menos similar en la totalidad de la trayectoria de la historia constitucional, desde 1811, cuando se aprueba su primera Constitución¹⁵, la cual, por otra parte, viene a ser la primera en idioma castellano a nivel mundial.

En efecto, aún cuando en aquella oportunidad todavía no se empleaba la expresión *Estado de Derecho* para identificar esa idea y método de organización y funcionamiento del poder público, partiendo de su vinculación al Derecho, aparecen claras manifestaciones de esa modalidad, como la división de poderes que se anuncia en el Preliminar del Texto normativo, al indicar que “El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos Cuerpos independientes entre sí, en sus respectivas facultades”; por otra parte, se observa la consagración formal de la primacía

¹² Vid. Pérez Perdomo, Rogelio. *Una mirada al Derecho y su historia desde Venezuela*. Academia Nacional de la Historia. Caracas, 2014, p. 27.

¹³ García-Pelayo, Manuel. “Derecho Constitucional Comparado”. *Revista de Occidente*. Séptima edición, Madrid, 1964, p. 20.

¹⁴ Véase: Meilán Gil, José Luis. *El proceso de la definición del Derecho administrativo*. Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP). Madrid, 1967, p. 47.

¹⁵ Hecha por los representantes de las Provincias de Margarita, Mérida, Cumaná, Barinas, Barcelona, Trujillo y Caracas y aprobada en el Palacio Federal de Caracas, el 21 de diciembre de 1811.

de la ley, lo que viene a ser una incipiente consagración del principio de legalidad, en estos términos: “150. Los actos ejercidos contra cualquiera persona fuera de los casos, y contra las formas que la ley determina, son iníquos, y si por ella se usurpa la autoridad constitucional o la libertad del pueblo, serán tiránicos”; finalmente, para completar esta breve muestra, cabe mencionar que, en lo relativo a los derechos de las personas, ese primer texto fundamental reconoce la primacía de la persona humana como objetivo del poder público: “151. El objeto de la sociedad es la felicidad común, y los gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces, y procurándole el mas justo y honesto ejercicio de sus derechos”, lo que seguidamente se complementa con la mención y definición de esos derechos (libertad, igualdad, propiedad y seguridad), así como el establecimiento de garantías que los acompañan (irretroactividad de la ley –170–, abolición de la tortura –173–, libertad de trabajo e industria –167–, libertad de pensamiento y expresión –181–, libertad de tránsito –190–).

En síntesis, en este punto interesa considerar que, desde la etapa inicial del Estado venezolano aparecen referentes a la idea del Derecho como patrón fundamental de la vida en sociedad, lo que incluye la sujeción de los centros de poder, mediante la determinación de sus postulados básicos, comenzando por la adopción de la forma de Estado Federal, la consecuente estructura de la articulación territorial del poder, así como la división de Poderes, marcando la independencia y el alcance de sus funciones, todo lo cual registra como telón de fondo la primacía de la persona humana, con la determinación de sus derechos y las garantías dispuestas para su protección, y es fácilmente asimilable al marco general de los datos que, en los tiempos actuales, perfilan la noción del Estado de Derecho.

Este dato resulta importante pues marca una referencia histórica nada despreciable, atendiendo al valor que en sí misma tiene la evolución histórica en la trayectoria institucional de un país, pero además, porque pone de relieve la relatividad que impregna el cumplimiento efectivo de esta categoría, en diferentes momentos y circunstancias, para lo cual, desde luego, se debe partir de los términos en que se manifiesta su reconocimiento y consagración en el ordenamiento jurídico, a lo que se suman los antecedentes históricos, como un factor necesario para su adecuada comprensión y valoración.

Son múltiples y variados los detalles que cubren de opacidad y le restan pulcritud a los términos en los que surgió el texto constitucional vigente en Venezuela, lo que puede remontarse al factor permisivo aportado por algunas decisiones judiciales que, contrariando las previsiones de la Constitución abrieron paso a proceso de una Asamblea Constituyente¹⁶. Aún cuando la revisión de tales detalles escapa al alcance de estas líneas, se observa que, desde el punto de vista de su contenido, la Constitución de 1.999 no difiere en mucho de las que la preceden, en lo que hace al reconocimiento y consagración de la fórmula del Estado de Derecho. Ciertamente, en este texto se emplean las

¹⁶ En efecto, en ciertas decisiones de la antigua Corte Suprema de Justicia, primordialmente de su Sala Político Administrativa, se dejó de lado el precepto del artículo 4 constitucional de entonces (“La soberanía reside en el pueblo, quién la ejerce, mediante sufragio, por los órganos del Poder Público”). Es decir, se contrarió el Estado de Derecho y con ello se abrió espacio a la aparición de una Asamblea Constituyente que no estaba contemplada en aquel texto. Cabría aquí decir, a modo de síntesis: *de aquellos polvos vienen estos lodos*.

mismas menciones para identificar al gobierno como: democrático, responsable y alternativo que venían contenidas en las constituciones anteriores, con el reemplazo (por lo demás, inútil) del adjetivo *representativo* por el de *participativo*¹⁷, y el añadido de otras menciones tales como electivo, descentralizado, alternativo, pluralista y de mandatos revocables (artículo 6), los cuales, de alguna manera estaban igualmente contenidos a lo largo de las disposiciones constitucionales, salvo por lo que se refiere a la figura de la revocabilidad. En el mismo sentido opera la mención a la presencia normativa del principio de legalidad que impone la sujeción de los órganos del Poder Público a la Constitución y la ley, en tanto instrumentos normativos que definen sus atribuciones (artículo 137).

Un punto focal que interesa destacar de momento es que en el texto constitucional vigente no se observa mayor novedad en cuanto a este asunto, a excepción de lo que pudiera significar el empleo de la fórmula de declaración expresa contenida en el artículo 2 constitucional, donde se indica que “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...”, lo que desde luego, no significa que Venezuela no era un *Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*, antes de tan solemne proclama, siendo esto comprobable tanto desde la óptica de las previsiones regulatorias como en la perspectiva de las conductas y realizaciones.

En efecto, además de las menciones indicadas antes, la Constitución de 1999 –al igual que ocurre, en mayor o menor medida, con los textos fundamentales que la preceden– estipula la división de Poderes y la determinación de las funciones que les son propias (artículo 136), así como la indicación de los órganos dispuestos para el ejercicio de tales tareas, incluyendo la función de administrar justicia (artículo 253) atribuida a los órganos del Poder Judicial que se califica como independiente (artículo 254), junto a lo cual incorpora un amplio elenco de disposiciones relativas a derechos (humanos, civiles, políticos, sociales, culturales, ambientales, económicos, de los pueblos indígenas) y garantías de las personas e instituciones, esparcidos a lo largo de su texto, con la mención expresa de que la enunciación de tales derechos y garantías no excluye aquellos otros que siendo inherentes a la persona humana no figuren en sus alusiones (artículo 22), e indicación, también expresa de la nulidad que afecta a todo acto dictado en ejercicio del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución, lo que adicionalmente acarrea responsabilidad (civil, penal o administrativa) en cabeza de los funcionarios que los ordenen o ejecuten (artículos 26 y 139). Finalmente, se declara ineficaz toda autoridad usurpada y nulos los actos que en tal circunstancia se dicten (artículo 138), a lo cual se añade en forma expresa que la Constitución no pierde su vigencia en el supuesto de que deje de observarse por medio de un acto de fuerza, o si fuere derogada por cualquier otro medio distinto de los previstos en ella, por lo cual

¹⁷ Decimos que el reemplazo o sustitución del adjetivo *representativo* por el de *participativo* es inútil, y solo obedece a la finalidad de propaganda de una supuesta línea política que se entiende “de avanzada”; pues la representatividad como vínculo y título que legitima la actuación sigue siendo la misma, en cuanto a quienes actúan bajo esa fórmula, y así lo expresa el mismo texto constitucional al señalar que “Los diputados o diputadas son *representantes* del pueblo de los Estados en su conjunto...” (artículo 201). El resto de los agentes del poder público que pudieran integrar la noción de gobierno en sentido lato, no ejercen representación popular, y simplemente cumplen funciones por mandato legal, mediante designación, que puede ser por vía de elección, como sucede con el cargo de Presidente de la República.

impone directamente el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia, a todo ciudadano que esté investido o no de autoridad (artículo 333). Al respecto procede tener presente que este dispositivo, que se erige como una clave normativa de singular significado en el blindaje conceptual y práctico del paradigma del Estado de Derecho fue incorporado a la Constitución vigente, en términos idénticos a los contenidos en el artículo 250 de la anterior Constitución de 1961.

De su parte, un apretado balance sobre las realizaciones prácticas y la percepción que se puede rescatar sobre lo que ha sido el ambiente general de sintonía de los agentes del poder público con los postulados que se resumen en la concepción de Estado de Derecho, en etapas previas a la actual Constitución, conduce a resultados que contrastan con el dramático escrutinio que se desprende del periodo que acompaña a la Constitución de 1999. Ciertamente, es determinante la nefasta conclusión que se obtiene al poner a prueba la conducta de los agentes públicos frente al cuadro regulatorio positivo, y mas aún, de cara a las postulaciones de principio de Derecho, lo que se ha venido recogiendo y expresando en innumerables manifestaciones coincidentes en sus contenidos, aun cuando tienen diverso origen y factura, que van desde las posiciones personales o de instituciones políticas, económicas, culturales, sociales de diversa índole, llegando a generarse una sólida reacción que alcanza a la escala internacional en cabeza de gobiernos y estructuras formales que perciben y reconocen una clara y determinante condición de contrariedad al Estado de Derecho en el país.

Esta situación, que tiene la particularidad de venir siendo deliberadamente diseñada, auspiciada, promovida, gestionada y ejecutada desde la cúpula de Poder Ejecutivo, con la colaboración –mejor dicho, la complicidad– de quienes ocupan o han ocupado posiciones de decisión en la judicatura, la fuerza armada y otros espacios estratégicos para alcanzar tales objetivos (Fiscalía, Defensoría, Consejo Electoral, etc.) con la finalidad central de instalar un régimen político totalitario de corte socialista, se refleja en una prolongada secuencia de acontecimientos, actos y actuaciones que se acumulan en un largo y denso repertorio sobre el cual se han elaborado múltiples trabajos planteados desde la óptica de las ciencias jurídicas y políticas, dentro de los cuales remitimos como muestra ejemplar y destacada a la colección de crónicas que ha venido entregando sistemáticamente en profesor Allan R. Brewer-Carías, como expresión de un seguimiento sostenido sobre tales circunstancias¹⁸.

La evidencia asentada en tan amplia y variada colección de eventos de inocultable notoriedad releva de la necesidad de mayor registro y demostración, y pone de manifiesto la distancia que existe entre casos dispersos de contrariedad a Derecho, que caben dentro de los estándares admisibles, y la vulgar instalación de una inicuá actitud destinada a violentar el Estado de Derecho.

La contraposición de los elementos que concurren a la existencia del escenario descrito conduce a realzar la fortaleza intrínseca de la noción de Estado de Derecho, que no decae frente a los actos o conductas contrarios a sus postulados, pues acentúa su vigor como parámetro valorativo no contingente; de este modo, la posibilidad de evaluar y calificar como indebida la conducta instalada desde los centros del Poder Público se

¹⁸ La colección de tales trabajos, así como otras publicaciones referentes al asunto, se encuentran en: <http://allanbrewercarias.com>

soporta en la existencia del conjunto de normas y principios que hemos mencionado y que no pierden su vigencia y su valor frente a cualquier acto o conducta que se aparte de sus postulados.

De hecho, ante la situación descrita, no dudamos en concluir que no es el cuadro regulatorio lo que se pone a prueba, ni en su formulación, ni en sus contenidos. Lo que está sujeto a juicio es la conducta de los agentes encargados de aplicarlo, respetarlo y preservarlo, como manifestación obligada en el cumplimiento de las funciones que les habilitan para ejercitar potestades, al tiempo que los obliga y los hace responsables por sus actos y conductas, que resultan controlables, precisamente por la existencia de ese cuadro regulatorio como expresión del Estado de Derecho.

No obstante, parece que la aversión al orden que impone el paradigma del Estado de Derecho y su significación como valor de civilidad, llega a provocar una verdadera degeneración patológica en quienes, perturbados por el ejercicio indebido del poder, cometen los mayores excesos, como una adicción. Y en este estado de cosas se hace claro que, si resulta difícil superar la inercia de los dirigentes incompetentes, más arduo y complicado resulta suspender esa tendencia, revertir el sentido corrompido de la marcha y reconducirla hacia la dirección que impone el respeto a las virtudes.

En resumen, tenemos por un lado, el indudable potencial cautivador y sugerente que aporta el Estado de Derecho como una categoría principal, lo que invita a dedicarle interés y atención; pero de otra parte, debe admitirse que es vulnerable, y la simple revisión de la situación actual en Venezuela, permite confirmar lo mal que estamos en ese aspecto.

Frente a este estado de cosas se puede optar por reducir la cuestión a declarar el agotamiento, fallecimiento o extinción del Estado de Derecho, como una consecuencia de las violaciones y arbitrariedades de los agentes del poder; no obstante, aún cuando pudiera entenderse como el empleo retórico de una metáfora, resulta en una respuesta incoherente, pues excluye, de antemano, la premisa mayor, sin la cual carece de sentido y fuerza cualquier intento de valoración de las conductas y hechos que, paradójicamente, se pretenden calificar y enjuiciar, al mismo tiempo, como reprochables. Adicionalmente, desde ese punto de mira, se debilita la potencialidad principista del Estado de Derecho, al subordinar su existencia a la presencia de elementos contingentes –infracciones–, que le son contrarios, con lo cual, en definitiva, se reduce su alcance a una apreciación subjetiva de lo que el observador entiende que debe ser su eficacia práctica. Finalmente, se omite poner en juego el dispositivo contenido en el artículo 333 constitucional que impide al interprete admitir que una ley, una sentencia o cualquier acto gubernamental contrario al ordenamiento y sus principios pueda tener la virtualidad de modificarlo, derogarlo o extinguirlo, pues en el fondo todo acto o conducta del poder que sea contrario al Derecho se traduce en una expresión o un acto de fuerza, incapaz de imponerse por la razón, fundamento esencial donde se apoya el espectro de lo jurídico.

Otra posibilidad apuntaría a sucumbir ante la fascinación de la *quimera normativa* (imagen que ya hemos empleado en otras oportunidades) mediante la propuesta de revisión y modificación, o el dictado de nuevas normas destinadas a blindar el Estado de Derecho; sin embargo, vemos que el arsenal de normas dispuestas en ese sentido, parece más que suficiente, abultado, lo que hace pensar en que ese no es precisamente el flanco débil del asunto, pues las normas no consiguen resultados por sí mismas (la existencia de la norma no garantiza su cumplimiento).

En conclusión, teniendo como objetivo útil contribuir a impedir la persistencia de la actual tendencia, y apelando a la retórica como clave y herramienta de primera línea, tanto en el mundo académico como en el campo de las ciencias jurídicas y su ejercicio, ponemos el énfasis en reforzar la conciencia sobre el carácter perenne que ostenta el desafío cultural de la preservación del Estado de Derecho, por lo que poner todas las capacidades para enfrentar ese reto nunca puede ser una tarea estéril. Este enfoque apunta particularmente a lo que cabe hacer en la formación, en el reforzamiento científico y cultural, de manera de reducir las expectativas falsas en las soluciones taumáticas de las normas y afinar las rutas y medios para reconocer la trascendencia y la utilidad que tiene el apego a los valores como instrumental eficaz para elevar los niveles de calidad de vida. A tal efecto corresponde fortalecer, con elocuencia, la formación en lo que significa el sentido del Derecho, procurando enaltecer el ambiente de la cultura jurídica a través de todas sus manifestaciones, para el perfeccionamiento funcional, para la formación ciudadana y para el ámbito profesional y académico, todo ello en beneficio de las personas.

En suma, apelando a los términos empleados por el Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela en la Declaración de Principios consignada en 1958, estimamos que una de las tareas esenciales para la reconstrucción institucional del Estado en Venezuela, se centra en “Educar y formar a los profesionales que, como jueces, abogados y funcionarios, han de participar en las tareas de creación y aplicación del Derecho.”¹⁹

¹⁹ Véase: *Studia Iuridica*. Publicación anual de la Facultad de Derecho N° 2. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1958.

9. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Rafael BADELL MADRID*

Resumen: El principio de separación de poderes es uno de los presupuestos del Estado Constitucional de Derecho y constituye hoy un derecho fundamental. Ha tenido diversas interpretaciones y ha evolucionado de manera distinta en los diferentes ordenamientos jurídicos. Supone la existencia de relaciones de control y coordinación entre las ramas del poder público en contraste con el dogma de la estricta separación de poderes. Ha sido impactado de forma determinante por el principio de supremacía constitucional, que precisa de un sistema de justicia constitucional encargado de vigilar la sujeción de la actuación de los órganos de los poderes públicos al bloque de la constitucionalidad. En Venezuela, desde 1999, este principio ha sido progresivamente eliminado para poder establecer un régimen autoritario.

Palabras claves: Principio de separación de poderes, control, Estado de Derecho, supremacía constitucional, justicia constitucional.

Abstract: Separation of powers is one of the principles of the constitutional state of law and today it constitutes a fundamental right. It has had multiple interpretations and has evolved differently in separate legal systems. It assumes the existence of check and balance between the branches of public power in contrast to the dogma of the strict separation of powers. The principle of separation of powers has been decisively impacted by the principle of constitutional supremacy, which requires a judicial system of constitutional justice to guarantee the subjection of the organs of public powers to the constitutionality block. In Venezuela, since 1999, this principle has progressively been eliminated in order to establish an authoritative regime.

Key words: Principle of separation of powers, control, constitutional supremacy, constitutional justice.

I. INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES COMO GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO

El principio de separación de poderes, en el Estado constitucional de Derecho, no consiste sólo en la repartición de las funciones estatales, ni es únicamente una manera de separación orgánica de quienes están llamados a cumplirlas, es, en verdad, la base fundamental de la interdicción de la arbitrariedad y la garantía necesaria de la libertad como valor fundamental del hombre.

* Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Venezuela. Abogado y Doctor en Derecho por Universidad Católica Andrés Bello. Master Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Correo electrónico: rbadell@badell.grau.com.

Por eso consideramos que hoy ese principio no es una modalidad de la organización del ejercicio del poder público, sino un derecho fundamental de los individuos, en la consideración de que sin separación de poderes no habría garantía del respeto de los derechos y libertades.

El principio de separación orgánica de los poderes –en el sentido de interdicción de la acumulación de poderes en un solo órgano– es presupuesto para el mantenimiento del Estado de Derecho y de la democracia efectiva. Su fin último es evitar la concentración de poder y el absolutismo, en tanto elementos perturbadores de las libertades y derechos del ciudadano¹. No se entiende el Estado de Derecho, sin que esté contemplada en la Constitución la división del poder unida al principio de legalidad y responsabilidad del Estado como presupuesto de la actuación estatal². A la ruptura del principio de separación de poderes le sigue la crisis del Estado de Derecho y eso es, precisamente, lo que ha ocurrido en Venezuela desde 1999.

Para apreciar la importancia del principio de separación de poderes en el orden constitucional que es consecuencia de las revoluciones americanas y francesas es suficiente tener presente el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, conforme al cual este principio, junto con el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, es uno de los presupuestos fundamentales del Estado Constitucional de Derecho: “*Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la Separación de los Poderes, carece de constitución*”³.

Como sabemos el principio de separación de poderes, como forma de limitar el ejercicio del poder, surge de las teorías de Locke y Montesquieu, en las cuales se distinguió la atribución de los distintos poderes soberanos entre órganos diversos e independientes para hacer frente al poder concentrado e ilimitado de la corona (la monarquía) y, por ende, para preservar la libertad de los ciudadanos. Fue Locke quien realizó la primera formulación de la tesis del principio de separación de poderes en su obra “Ensayo sobre el Gobierno Civil” (1690), en la cual, tras la llamada Gloriosa Revolución de 1688, “*que dio origen en la práctica a una especie de separación de poderes en Inglaterra*”⁴, esbozó la separación de poderes como forma de organización del gobierno, según la cual las funciones legislativa y ejecutiva debían ser ejercidas por funcionarios diferentes, puesto que para Locke era inconcebible en los ciudadanos “*atribuir a uno cualquiera, o a más de uno, un poder arbitrario absoluto sobre sus personas y haciendas, y dejar en manos del magistrado la fuerza necesaria para que ejecutara ilimitadamente sobre ellos sus ilimitados antojos*”⁵.

¹ Badell Madrid, Rafael. “Crisis del Principio de la Separación de los Poderes en Venezuela”, Conferencia dictada en la Universidad de San Pablo-CEU de Madrid, en los V Cursos de Enero. España-Madrid 2003. Disponible en: <http://badellgrau.com/?pag=11>

² García Roca, Javier. “Del principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, número 108. Abril-Junio 2000. Madrid, 2000, p. 42

³ Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Disponible en: https://www.con-seil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

⁴ *Ibidem*.

⁵ Locke, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Primera edición inglesa 1690, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 82. *cit.* en Margarita Escudero, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas le-*

De la obra de Montesquieu se desprende que “*Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares.*”⁶ En otras palabras, no habría libertad, como mayor valor del ciudadano, de estar reunidos en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, el poder legislativo y el ejecutivo, o si el poder judicial estuviese unido al legislativo y al ejecutivo. El planteamiento de Montesquieu recoge la idea de que para lograr un perfecto gobierno, el poder debe limitar al poder y cada uno de los poderes debe tener “*la facultad de moderar a los demás poderes*”⁷.

El tránsito del Antiguo Régimen al nuevo Estado Constitucional de Derecho obligó a considerar la separación de los poderes imprescindible y consustancial con ese nuevo Estado Constitucional de Derecho que nació con la revolución: “*El Estado liberal se convirtió en el primer poder absoluto de la historia, el primero que no admite competidores, lo que significa, por su puesto, ‘que sea un poder cuyo contenido el mismo determina caprichosamente. La soberanía del Estado indica exclusivamente que las competencias del poder estatal no pueden ser delimitadas a priori, porque no hay otros centros de poder que sustraigan determinadas esferas al poder del Estado’. Ese carácter absoluto de la nueva forma política alumbrada por la Revolución, ese ‘poder central inmenso que ha atraído y absorbido en su unidad todas las parcelas de autoridad y de influencia que estaban antes dispersadas en una multitud de poderes secundarios, de estamentos, de clases, de profesiones, de familias y de individuos y como esparcidos por todo el cuerpo social’, –según lo describirá magistralmente TOCQUEVILLE en El Antiguo Régimen y la Revolución–, puede convertirse en un instrumento de opresión desconocido en la historia de la evolución humana*”⁸.

Para frenar el poder inmenso concentrado en el nuevo Estado que surgió a partir de las revoluciones francesa y americana, y con el fin de garantizar la libertad de los ciudadanos y asegurar la democracia, la mayoría de las constituciones modernas establecen un sistema de frenos y contrapesos que evita la concentración del poder e impide que sea ejercido de forma abusiva o arbitraria.

En Europa el principio de separación de poderes fue necesario para repartir entre los viejos actores y los nuevos sujetos políticos las diferentes actividades del nuevo Estado. Eso explica la aparición en los textos constitucionales de un ejecutivo dualista que tuvo que hacer espacio para un Jefe de Estado y un Jefe de Gobierno; ello permitió darles cobijo constitucional a las funciones del antiguo monarca, Jefe de Estado, al lado de las del Jefe de Gobierno encargado de conducir el órgano ejecutivo y el órgano legislativo fuerte –régimen parlamentario– electo popularmente y quien a su vez, en proceso de segundo grado, designaba al Jefe de Gobierno.⁹

gislativa y ejecutiva del Poder Público, Serie: Trabajo de Grado N° 1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2004, p. 11.

⁶ Montesquieu, *El Espíritu de las leyes*, T. I, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, Librería General de Victoriano Suárez, 48, Preciados, 48, Madrid, 1906. p. 227.

⁷ *Ibidem*. pp. 227-228.

⁸ López Garrido, Diego, Massó Garrote, Marcos y Pegoraro, Lucio, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2020, p. 53.

⁹ *Ibidem*, p. 54.

Los americanos no tuvieron necesidad de encajar al monarca dentro del nuevo orden constitucional, con lo cual pudieron construir un ejecutivo monista y fuerte –régimen presidencialista– cuyo poder derivaba, al igual que el órgano legislativo, de la soberanía popular, con lo cual ambos poderes encontraban legitimación democrática y tenían mejor limitados sus poderes tanto en su extensión como en su duración.

Recapitular la importancia y complejidad del tema es fácil si nos ayudamos con lo señalado por Araujo-Juárez: “*El principio de separación de poderes fue el primero de los dogmas sobre los que se hubo asentado la construcción del Estado constitucional de Derecho. Sin embargo, ese principio aparentemente de formulación sencilla y frecuentemente mal entendido ha tenido lectura e interpretaciones de diferente alcance.*”¹⁰

A partir de este planteamiento, Araujo-Juárez explica el tema de forma clara y precisa, tanto por lo que respecta a su interpretación tradicional: se entiende por separación de poderes “*el confinamiento de cada una de las funciones estatales como competencia propia o, más bien, adjudicada de modo preferente o preponderante al centro o complejo orgánico que ejerce el Poder Público de su respectivo nombre*”, como respecto de la más reciente interpretación “*el principio de separación de poderes, más allá, de la función asignada desde el constitucionalismo clásico, parece haberse magnificado para incorporar una función explicativa que no le corresponde, esto es, para dar a entender que la dirección de los asuntos públicos se reduce a una simple secuencia: el legislador ordena y dispone; el ejecutivo y la administración pública aplican, desarrollan y ejecutan; y el poder judicial vigila y supervisa que el segundo cumpla lo que el primero ha establecido, lo que recuerda la simplista secuencia del mandante, mandatario y árbitro.*”¹¹

Como señala Brewer-Carías, a pesar de las dos centurias transcurridas, y particularmente en las últimas cinco décadas por los avances en la democracia, tanto el principio de la división o separación orgánica de poderes como manifestación de la distribución horizontal del Poder, como el principio de la distribución territorial o vertical del poder como signo de la descentralización política, surgida en el Estado moderno, “*han sido y continúan siendo los signos más arraigados, y no necesariamente desarrollados en la práctica, del constitucionalismo contemporáneo para garantizar la libertad, el gobierno democrático y el Estado de Derecho*”¹².

II. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

El célebre fallo *Marbury vs Madison* dictado en 1803 por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, elaborado por el juez John Marshall, tuvo el mérito de haber dado nacimiento a un sistema de justicia constitucional y es el origen de la doctrina de la supremacía constitucional y, derivado de esta idea, de un régimen de control de

¹⁰ Araujo-Juárez, José. *Derecho administrativo constitucional*, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 127.

¹¹ *Ibidem*, p. 130.

¹² Brewer-Carías, Allan R. “El Estado democrático de derecho y los nuevos autoritarismos constitucionales en América Latina: El caso de Venezuela”, en *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas, 2007, p. 62.

constitucionalidad, que después, y hasta nuestros días, habría de tener un desarrollo extraordinario y modulaciones diversas, tanto que hoy hablamos, junto al derecho a la separación de poderes, del derecho a la Constitución y derecho a la supremacía constitucional. Ese derecho a la supremacía constitucional viene a tener, sin duda, un impacto determinante en el nuevo entendimiento del principio de separación de poderes.

Recordemos que antes del sistema jurídico fundamentado en el principio de supremacía constitucional, existía en Europa el dogma del legicentrismo basado en la superioridad de la ley y en el poder e inmunidad absoluta del órgano legislativo (Asamblea, Congreso, Parlamento, Cortes). No obstante el principio de división de poderes, el órgano legislativo era considerado infalible y superior a los demás órganos en virtud de su legitimidad democrática, en consecuencia de lo cual el juez quedó sometido a la ley sin poder discutirla. La supremacía del órgano legislativo y de la ley se extendió no sólo en Inglaterra, sino en toda Europa y también en las colonias.

Esta superioridad legislativa impidió, por mucho tiempo, que la voluntad de las Asambleas pudiera ser sometida a las decisiones de los jueces a quienes, además, se les temía por la creencia de que gobernarían en favor de los intereses de la nobleza que representaban. El Estado de Derecho se configuró, inicialmente, seducido por la idea del imperio de la ley, es decir “Estado Legal de Derecho”. La rígida formulación de la supremacía de la ley aparece con toda claridad como consecuencia de la Revolución Francesa *“que lleva a proclamar al Parlamento órgano superior del Estado por su legitimidad representativa; y siendo la ley el acto a través del cual adquieren forma las decisiones del Parlamento, a la supremacía jurídica y política de este le corresponde asegurar la supremacía jurídica de la ley, que como l’expression de la volonté générale, esto es, la voluntad soberana del pueblo, se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico y subordina absolutamente cualquier otra fuente de Derecho*¹³.

El legicentrismo tuvo su fundamento en el pensamiento de Jean-Jacques Rousseau y en la lucha emprendida durante la Revolución contra el poder real absoluto. Se dio preeminencia al poder legislativo frente al ejecutivo y sobre esta base se estableció la tradición de soberanía parlamentaria y el Estado de Derecho. La expresión legicentrismo sirvió para describir un sistema basado en la noción de que sólo el legislador es legítimo para formular una ley obligatoria general y abstracta. Esta doctrina da mayor responsabilidad al legislador quien crearía, regularía y obligaría a los ciudadanos a través de leyes que se contraponen a otras fuentes de derecho en auge, como era el caso de la costumbre, que ahora ceden en importancia frente a la ley.

De modo que hasta principios del siglo XX, le estaba vedado al juez la labor de interpretar la ley. La Constitución quedó mediatizada por la ley, desde que el juez tenía que aplicarla sin más. Se dispuso un control de tipo parlamentario, de forma que si la ley contrariaba a la Constitución sería el mismo Parlamento el que la controlaría y remediaría la situación.

Se ensayó una interpretación estricta y rígida, diríamos más bien acomodada, del principio de separación de poderes ideado por Montesquieu, conforme al cual las leyes post revolucionarias en Francia prohibieron a los órganos del poder judicial enjuiciar

¹³ Araujo-Juárez, José. *Derecho administrativo constitucional*, Ob. cit. p. 49.

tanto la ley como a la actuación de la administración. En Europa había temor de someter la voluntad general que representaban los actos del parlamento, la ley, al capricho y subjetividad que el juzgador había demostrado antes de la revolución francesa. Desconfianza fundamentada también en que los jueces se habían atribuido por años funciones ejecutivas y legislativas.

Para imponer la peculiar interpretación del principio de separación de poderes se dictó la Ley de “Separación” (Ley 16-24, de agosto de 1790) por medio de la cual se estableció que *“Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones”*¹⁴.

El antecedente inmediato de esa “Ley de Separación” fue la Ley del 22 de diciembre de 1789, que ya había prohibido de forma expresa la injerencia de los parlamentos (que eran los tribunales competentes en materia civil compuestos por la clase social noble y cuyos cargos procedían de la herencia de los oficios) y demás tribunales en las funciones administrativas. Obsérvese por otra parte, que el artículo 5º de la Constitución de 1791 dispuso: *“Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones”*.

De modo que los jueces no podían juzgar o revisar ni los actos del legislador –ley– ni los actos de la administración –actos administrativos, contratos y responsabilidad por hecho ilícito– y fue a partir de esa interpretación de la separación de poderes que el contencioso-administrativo se organizó y fundamentó en una exención judicial del ejecutivo y se construyó un sistema en el cual el órgano legislativo revisaba sus propias leyes y la administración se enjuiciaba a sí misma.

La doctrina del constitucionalismo, opuesta al legicentrismo, surgió principalmente después de la Segunda Guerra Mundial. El principio de supremacía constitucional y la degradación de la ley que reconoce el poder de los tribunales para declarar la inconstitucionalidad de la ley contraria a la Constitución, y la concepción de la Constitución como cuerpo normativo con fuerza coercitiva propia –y no sólo como un conjunto de principios– produjo un importante cambio y hasta un reacomodo, puede decirse, del principio de separación de poderes. Se aceptó la nueva idea de sumisión del órgano parlamentario a una ley superior: la Constitución. A través del control de la constitucionalidad, se le permitió al juez abstenerse de aplicar, en el caso concreto, una norma que se considerase contraria a la norma suprema, *“higher law”*.

Para poner límite a la voracidad parlamentaria y a la fortaleza del órgano ejecutivo y preservar el respeto al Estado de Derecho y asegurar la supremacía constitucional, fue necesario otorgar al juez constitucional el papel de contralor del ejercicio del poder y guardián de la Constitución.

En Europa, la doctrina del control judicial de las leyes comenzó a desarrollarse en el siglo XX, a través de la obra de Hans Kelsen, quien introdujo un cambio básico al

¹⁴ Posteriormente, la Ley de 16 de Fructidor del año III (3 de septiembre de 1795) dispuso: *“Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conozcan de los actos de Administración, cualquiera que sea su especie”*. Existió claramente un recelo ante los jueces por su vinculación con el Antiguo Régimen.

sistema, al concentrar en un solo tribunal la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes, a diferencia del sistema americano, en el que se lleva a cabo el control por todos los tribunales. La fórmula kelseniana consagró así lo que se ha llamado un sistema de control concentrado de la Constitución frente al control difuso y supuso un cambio trascendental, este es, la sustitución de la supremacía parlamentaria por la supremacía constitucional. De forma que como lo señala Brewer-Carías, desde el siglo XX el poder judicial ejerce la jurisdicción constitucional –control de la constitucionalidad de las leyes–, sin que ello pueda considerarse como una ruptura o violación del principio de la separación de poderes, sino como una consecuencia esencial del mismo¹⁵.

El carácter que adquirió la Constitución como norma fundamental y superior de todo el ordenamiento jurídico ha tenido como consecuencia que todas las personas y los órganos que ejercen el poder público estén sujetos a todo el bloque de la constitucionalidad y cualquier violación de sus preceptos, incluso a través de la ley, constituya una conducta antijurídica susceptible de sanción y nulidad. Esto ha dado paso a lo que se conoce hoy como Estado Constitucional de Derecho. Ciertamente, el juez constitucional, como regulador de la actividad estatal en tutela de la Constitución está llamado a “*dar plena existencia al Estado de Derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución*”¹⁶.

Pero además, la protección de los derechos fundamentales y, especialmente, los derechos humanos, se ha internacionalizado y ha dejado de estar limitada por fronteras, por lo que en su consagración y protección pueden coincidir tanto normas de derecho interno como disposiciones de derecho internacional. Efectivamente, los derechos humanos pueden estar contenidos tanto en instrumentos normativos constitucionales como en convenios internacionales. Lo mismo ocurre, consecuentemente, con su protección que puede hacerse efectiva a través de los tribunales nacionales o por medio de los internacionales.

De modo que el juez nacional deja de ser sólo intérprete del derecho interno y aplica “*muchas veces, con primacía sobre el derecho interno, el derecho material internacional o supranacional, desarrollando lo que puede denominarse un control de convencionalidad*”¹⁷. Esto, obviamente y de nuevo, impacta y morigera el alcance y explicación que ha de dársele al principio de separación de poderes, ahora influenciado, además del control de constitucionalidad, por el control de convencionalidad. Ciertamente que además de las fuentes formales internas del derecho de un Estado, son consideradas fuentes del derecho, también, las regulaciones supranacionales y las derivadas de los

¹⁵ 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, p. 195.

¹⁶ García Pelayo, Manuel. “El Status del Tribunal constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, Madrid 1981, p. 15. Cit. en Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Segunda edición, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas / New York, 2016, pp. 28-29.

¹⁷ Nogueira Alcalá, Humberto. “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas 2016, p. 27.

tratados internacionales. De modo que se ha producido una internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos¹⁸.

No hay duda entonces de la importancia que tiene hoy el juez constitucional. Pero tengamos presente, sin embargo, que no tiene legitimidad democrática. Recordemos que la preocupación inicial de este delicado asunto, que aún sigue discutiendo la doctrina, la formuló Karl Loewenstein, quien sostuvo que un detentador del poder que no ha sido nombrado democráticamente, que se arroga a sí mismo el derecho de frustrar y anular la decisión política de los otros dos poderes Ejecutivo y Legislativo, es estructuralmente incompatible con el principio de la distribución de funciones entre los diferentes detentadores del poder.

También conviene tener presente que la posición de Kelsen sobre los tribunales constitucionales fue contrariada por Carl Schmitt, quien en la célebre polémica entre ellos, señaló además que: “...una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en los términos”¹⁹.

El tema es difícil desde que es preciso conciliar la supremacía constitucional, por una parte, con el principio de separación de poderes, por la otra. Más allá de las variaciones que el asunto tiene, si se trata de modelos parlamentarios o presidencialistas o sus respectivos matices intermedios, en democracia debe dársele al legislador el protagonismo principal en la configuración de la voluntad colectiva: la ley.

El producto de la función legislativa –la ley– queda investida de la misma dignidad democrática que tiene el Parlamento, de forma que contrariarla, sin más y sin límites puede considerarse una fractura, no sólo del principio de separación de poderes, sino también del principio democrático y es una contradicción desde que el juez constitucional tiene menos legitimidad democrática que la ley que enjuicia, que proviene de un órgano legislativo elegido a través del sufragio universal, por lo que ese proceso de enjuiciamiento debe hacerse con prudencia extrema.

De manera que lo primero que se precisa del juez constitucional es su vocación y convicción democrática. Su compromiso con el respeto del principio de separación de poderes y los estándares democráticos. Esto supone tener una actitud de confianza hacia el legislador. De allí el *indubio pro legislatore* y el principio de deferencia hacia el legislador, como indispensables para lograr el equilibrio entre la separación de poderes y el principio de supremacía constitucional.

De forma que para anular la ley debe haber violación comprobada de la Constitución y la imposibilidad de preservarla con una interpretación que se adecúe a su texto.

¹⁸ Ayala Corao, Carlos. “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

¹⁹ Schmitt, Carl. “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1973, p. 98. *Cit.* en Norbert Lösing, “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano año XVII*, Montevideo, 2011, p. 425.

La ley tiene una presunción de legitimidad constitucional desde que es producto de la voluntad popular, por lo que sólo es posible declarar su inconstitucionalidad si hay una clara e inequívoca confrontación con la norma superior.

Dos cosas se requieren. En primer lugar, aumentar legitimidad democrática del juez constitucional, para lo cual es necesario garantizar métodos democráticos y participativos para su designación, que otorguen la mayor competencia e independencia y, en segundo lugar, los poderes de estos jueces han de ser limitados y bien definidos. De no limitarse los poderes del juez constitucional existiría el peligro de que, en violación al bloque de la constitucionalidad, principalmente al principio de separación de poderes y de los principios democráticos, se convirtiera este en el verdadero poder que gobierna en lugar de juzgar. De no haber límites estaríamos en presencia de la supremacía del juez, en sustitución de la supremacía constitucional.

Si el ejercicio del control judicial se ejerciere de manera que se construya una supremacía de la rama judicial sobre los otros poderes, se habría excedido el límite que la separación de los poderes como principio constitucional de organización que el Estado de Derecho impone. Ese ha sido, precisamente, el caso de Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC), desde su creación, en violación al principio de separación de poderes y el régimen de derechos y libertades, no sólo ha usurpado funciones propias del órgano legislativo al dictar normas generales, sino que además ha impedido el ejercicio de las funciones de control de la Asamblea Nacional (AN) sobre el gobierno y la administración pública nacional.

III. SEPARACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

El principio de separación de poderes ha sido tradicional en las constituciones de Venezuela desde 1830; sin embargo, se han producido variaciones en su vigencia práctica, que van desde la consagración de la separación de poderes como antídoto contra los caudillos, para fortalecer al poder legislativo, hasta la primacía del órgano ejecutivo sobre el legislativo. Cuando entró el siglo XX, el principio de separación de poderes no tenía ningún tipo de validez material. Los presidentes-caudillos jamás encontraron freno de parte del órgano legislativo ni del judicial.

Esta situación fue característica de las constituciones dictadas entre 1901 y 1931, correspondientes a la etapa de las dictaduras autocráticas. Si bien las constituciones de 1936 y 1945 no corresponden con gobiernos de facto, fueron en mayor o menor medida una repetición de las anteriores. No fue sino hasta la Constitución de 1947 cuando ese principio se desarrolló con un sentido práctico al consagrarse, por primera vez, un efectivo sistema de controles y contrapesos entre los distintos órganos del poder público. La Constitución de 1953 no hizo ningún aporte importante y representó un retroceso en la materia. Por su parte, la Constitución de 1961 retomó el esquema planteado por la Constitución de 1947, cuando estableció un efectivo sistema de controles y contrapesos entre los distintos órganos del Poder Público. Aumentaron por primera vez los controles sobre la actuación del Poder Ejecutivo, se creó un sistema de control del órgano legislativo sobre ejecutivo y, en general, se otorgaron mayores poderes al órgano legislativo²⁰.

²⁰ Cfr. Badell Madrid, Rafael. "Luces y sombras del derecho público en Venezuela. 100 años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales", en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y So-*

La Constitución de Venezuela de 1999 en el artículo 136 organizó el ejercicio del poder público del Estado conforme al principio de separación de poderes desde una consideración territorial, cuando reconoce tres órdenes verticales fundamentales: el Poder Público Nacional, Poder Público Municipal y el Poder Público Estatal y también desde un punto de vista funcional, horizontal distinguiendo entre los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

En efecto, el artículo 136 establece que *“El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.”* De este artículo 136 se desprende la ratificación del principio de separación de poderes en el derecho positivo constitucional, estableciendo que cada rama del poder público tiene sus propias competencias, sin negar que entre ellas hay relaciones de control, coordinación y colaboración para alcanzar los fines del Estado.

Tengamos en cuenta también el artículo 4 de la Constitución que enfatiza la forma federal y descentralizada de gobierno, de lo que sigue, como hemos señalado, que el poder se distribuya desde un punto de vista territorial en tres instancias: la nacional o federal (la República), la estatal o regional (compuesta por 23 estados y un Distrito Capital) y la municipal (con 335 municipios).

De esta forma, el Poder Público Nacional está dividido a su vez en los poderes legislativo nacional ejercido por la AN, tal y como lo establece el artículo 186 de la Constitución; ejecutivo, nacional ejercido por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, el Procurador General de la República y los demás funcionarios que determine la Constitución y las leyes –artículo 225 de la Constitución–; el Poder Judicial, conformado por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y los demás tribunales de la República según lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución; el Poder Ciudadano, ejercido según el artículo 273 por el Consejo Moral Republicano a su vez conformado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República y el Poder Electoral, llevado a cabo según el artículo 292 de la Constitución por el Consejo Nacional Electoral.

Por su parte, el Poder Público Estatal está dividido en un Poder Ejecutivo Estatal, responsabilidad del Gobernador, de conformidad con el artículo 160 de la Constitución y un Poder Legislativo Estatal conformado por los Consejos Legislativos, según lo previsto en el artículo 162 de la Constitución; cada Estado tendrá una Contraloría con autonomía orgánica y funcional, artículo 163. El gobierno y administración del Municipio corresponde a los Alcaldes, según lo dispone el artículo 174 de la Constitución y la función legislativa es atribuida a los Concejos Municipales, tal y como lo dispone el artículo

ciales en el Centenario de su Fundación 1915-2015, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015.

lo 175 de la Constitución. De acuerdo al artículo 176 de la Constitución hay una Contraloría Municipal a la que corresponde el control de los ingresos y gastos.²¹

Nótese que ni el Poder Público Estatal ni el Poder Público Municipal llevan adelante función judicial, desde que ésta se encuentra única y exclusivamente atribuida al Poder Público Nacional.²² Pero además de las competencias propias que tienen cada uno de los órganos que ejercen el poder público existen relaciones de control, coordinación y de colaboración entre ellos. En efecto, un matiz que tiene el principio de separación de poderes es que, aun cuando cada función del Estado es ejercida por cada uno de los tres poderes, sin embargo esa separación no es radical o definitiva desde que hay mecanismos de control, coordinación y colaboración entre cada una de ellas; de allí que aparecen, cuanto menos, dos conceptos básicos que se añaden al principio de separación de poderes: “a. la existencia de coordinación (o capacidad de coordinación) entre los distintos titulares de las tres funciones; y b. se acentúa la exigencia de contralor efectivo (no basta con una mera separación formal, sino que se exige que se establezcan efectivos medios de contralor del ejercicio del poder)”²³.

1. *Relaciones entre el Poder Legislativo y Ejecutivo (control parlamentario)*

A. *Control sobre el gobierno y la administración pública (artículo 187.3)*

Cierto que de acuerdo al artículo 187.1 de la Constitución el órgano legislativo tiene la función esencial de legislar sobre todas las materias de competencia nacionales y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del poder nacional. Pero además, le corresponde al parlamento ejercer –y esto es de importancia fundamental para hacer efectivo el régimen de frenos y contrapesos entre los distintos órganos que ejercen el poder público– funciones de control sobre el gobierno y la administración pública nacional.

Ahora bien, ese régimen de control del órgano legislativo respecto del órgano ejecutivo puede ser concebido de forma más o menos amplia según lo disponga la Constitución y eso impacta el principio de separación de los poderes. Puede ser un sistema de control “cerrado”, cuando las atribuciones de control del órgano legislativo vienen listadas de manera taxativa por la Constitución. Ese era el modelo que seguía la Constitución de 1961 cuyo artículo 139 establecía: “*El Congreso ejerce también el control de la Administración Pública Nacional en los términos establecidos en esta Constitución.*”

Otro sistema de control de mayor incidencia en la separación de poderes como base constitucional de la organización del Estado, y que podemos llamar “abierto a lo que disponga la ley”, es el sistema conforme al cual los poderes de control del órgano legislativo sobre la administración vienen expresados, primero por la Constitución, pero abierto a otras formas de control definidas por la ley. Ese es el modelo establecido en la

²¹ Véase para mayor profundidad Fernández Villegas, Gerardo, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2020, pp. 19 y ss.

²² Artículo 123 de la Constitución de 1945.

²³ Risso Ferrand, Martín J. *Derecho constitucional*, T. III, Edit. Ingranusi LTda., Montevideo 1998, p. 30.

Constitución de 1999, en el artículo 187.3, el cual prevé como competencia de la AN “*ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y la ley*”.

Revisemos ahora los mecanismos previstos en la Constitución, por medio de los cuales la AN podrá ejercer ese control, teniendo presente entonces que la ley puede ampliarlos:

1) Voto de censura a los ministros y al vicepresidente (artículo 187.10), con posibilidad de remoción con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional.

2) Autorización al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación (artículo 187.12).

3) Autorización a los funcionarios públicos para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros (artículo 187.13).

4) Autorización para la salida del Presidente de la República del territorio nacional (artículo 187.17) cuando su ausencia se prolongue por un lapso superior a cinco días consecutivos.

5) Interpelaciones, investigaciones, preguntas, autorizaciones y aprobaciones parlamentarias sobre la actividad de los funcionarios públicos (artículo 222).

6) Declaratoria de la falta absoluta en el cargo del Presidente de la República (artículo 233), mediante sentencia del Tribunal Suprema de Justicia por muerte, renuncia, destitución, o incapacidad física o mental permanente del Presidente de la República, debe ser certificada por una junta médica designada por el TSJ y con aprobación de la AN.

7) Abandono del cargo de Presidente de la República, o revocación popular de su mandato, declarado como tal por la AN (artículo 233).

8) Aprobación del Plan de Desarrollo Nacional (artículo 236.18)

9) Recepción del mensaje anual del Presidente de la República (artículo 237), dentro de los diez primeros días siguientes a la instalación.

10) Control sobre estados de excepción (artículos 337, 338 y 339), consideración y aprobación dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, y aprobar su prórroga por un plazo igual al de la duración del decreto.

B. *Control presupuestario (artículos 311, 313 y 314)*

El control presupuestario de la AN, tal y como está previsto en la Constitución es muy amplio e incluye la regulación, por medio de la ley, del marco plurianual para la formulación presupuestaria, los límites al endeudamiento público, las operaciones de crédito público, entre otras.

1) Aprobación legal del presupuesto anual (artículo 313 y 311), con facultad para alterar las partidas presupuestarias, pero no puede 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.

2) Aprobación de créditos adicionales al presupuesto (artículos 236.13 y 314) para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el Tesoro Nacional cuente con recursos para atender la respectiva erogación.

C. *Control sobre contratos de interés público nacional, estatal y municipal (artículos 150 y 187.9)*

De los artículos 150 y 187.9 de la Constitución se desprende el sometimiento de la celebración y validez de los contratos de interés público a la aprobación de la AN en dos supuestos. En primer lugar, en aquellos contratos de interés público nacional que la ley determine y en segundo lugar de los contratos de interés público nacional, estatal o municipal, celebrados con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela²⁴.

De esta forma la Constitución impone el control parlamentario sobre los contratos de interés público, como categoría especial y excepcional de los contratos administrativos que trascienden las facultades de disposición del órgano, ente o persona jurídico-pública contratante. Este régimen excepcional de aprobación parlamentaria surge del principio de separación de los poderes y de la noción misma del control de la actividad administrativa. Se trata de “*un contrato tan importante para el país que todos los ciudadanos, a través de sus representantes políticos integrados en la Asamblea Nacional, deben emitir un juicio sobre su aprobación*”²⁵.

D. *Control en la política exterior*

1) Control sobre los tratados y convenios internacionales celebrados por el órgano ejecutivo (artículos 154 y 187.18), a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.

2) Control sobre legislación presidencial delegada mediante leyes habilitantes (artículos 203 y 236.8) dictadas por las tres quintas partes de los integrantes de la AN, en las cuales se establezcan las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al presidente.

E. *Control en el nombramiento, designación y destitución de funcionarios del Estado*

La elección de los integrantes de los órganos que ejercen el poder público, como la Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Defensoría del Pueblo, CNE, TSJ, por parte de la AN es un acto de importancia singular para el correcto desenvolvimiento del derecho a vivir en democracia.

1) Designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral (artículo 296).

2) Autorización del nombramiento del Procurador o Procuradora General de la República y de los Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas Permanentes (artículos 187.14 y 236.15).

²⁴ Véase Badell Madrid, Rafael, “Contratos de interés público”, en *Revista de Derecho Público*, N° 159-160, correspondiente al período julio-diciembre 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2020.

²⁵ Fraga Pittaluga, Luis, *El arbitraje en el Derecho Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2000, p. 133.

3) Designación y destitución de los titulares del Consejo Moral Republicano (artículo 279), previo resultado del Comité de Evaluación de Postulaciones, si hubiere sido convocado, el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad, convocado por el Consejo Moral Republicano.

4) Remoción de los integrantes del Poder Ciudadano, previo pronunciamiento del TSJ, de acuerdo con lo establecido en la ley (artículo 279 de la Constitución).

2. *Relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo*

A. *Convocar la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias (artículo 236.9)*

De conformidad con el artículo 236, numeral 9, el Presidente de la República tiene facultad de convocar la AN a sesiones extraordinarias.

B. *Disolución de la Asamblea Nacional (artículos 236.21 y 240)*

Como hemos señalado, el artículo 240 constitucional predica que la aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo, por una votación *no menor de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional*, implica su remoción y en este caso el funcionario removido no podrá optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo o de Ministro por el resto del período constitucional.

El texto constitucional incluye la posibilidad de que el Presidente de la República –como mecanismo de balance a esta atribución de la AN– pueda disolver el órgano legislativo si ocurre la remoción del Vicepresidente Ejecutivo en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional. El decreto de disolución conllevará la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los sesenta días siguientes a la disolución.

3. *Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial*

A. *Autorización legislativa para que proceda el antejuicio del Presidente de la República (artículo 266.2)*

Como control respecto del Poder Judicial a la vez que del Poder Ejecutivo, la AN tiene la potestad de autorizar la continuación del enjuiciamiento del Presidente de la República –hasta sentencia definitiva– por parte del TSJ.

B. *Designación y destitución de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (artículos 264 y 265)*

De conformidad con el artículo 264 de la Constitución, los magistrados del TSJ serán elegidos por la AN a través de una selección definitiva precedida de una fase de preselección realizada por el Poder Ciudadano, a su vez antecedida por una primera preselección hecha por el Comité de Postulaciones Judiciales.

De otra parte, dispone el artículo 265 de la Constitución que los magistrados del TSJ podrán ser removidos por la AN mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca.

4. *Relaciones entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo*

Considerar a la Constitución como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico (artículo 7) requiere crear un régimen de protección constitucional que en definitiva lleva a la injerencia y control del Poder Judicial sobre las actuaciones de los órganos Legislativo y Ejecutivo. En efecto, a través del control difuso –artículo 334 de la Constitución– todos los jueces del país, haciendo abstracción de su jerarquía, a fin de asegurar la integridad de la Constitución, pueden desaplicar las normas legales y sublegales en el caso concreto que deciden, con efecto *inter partes*. El control concentrado de la constitucionalidad permite anular, con efectos *erga omnes*, de todos los actos contrarios al bloque de la constitucionalidad dictados en ejecución de la Constitución. (artículos 334, 335 y 336 de la Constitución) y de acuerdo al artículo 27 de la Constitución los jueces pueden, por medio del amparo constitucional, proteger a los ciudadanos de las leyes, actos, actuaciones, omisiones y vías de hecho, dictadas por cualquiera de las ramas del poder público que violen o amenacen violar un derecho constitucional.

Adicionalmente, el control de la constitucionalidad se extiende a actos del Poder Público que no han adquirido plena firmeza. La Constitución establece tres formas de control preventivo: el control preventivo que lleva adelante el juez constitucional sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales (artículo 336.5). El Control preventivo de las leyes nacionales (artículo 214) “reparo presidencial” o “veto presidencial” que puede hacer el Presidente de la República y que consiste en la facultad de solicitar el pronunciamiento del juez constitucional sobre la constitucionalidad de la ley, o alguno de sus artículos, pronta a promulgar, con el objeto de que la misma sea promulgada o devuelta a la AN para su corrección y el control preventivo de la constitucionalidad sobre el carácter orgánico de las leyes (artículo 203).

Además, existe el control de la convencionalidad respecto de los convenios internacionales sobre derechos humanos. De modo que el control de la constitucionalidad puede ser ejercido con base en los tratados sobre derechos humanos. Todos los jueces de la República, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, *deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos*. De acuerdo con lo anterior, si llegare a existir algún tipo de incompatibilidad entre un tratado sobre derechos humanos y una ley u otra norma jurídica, los tribunales de la República –en cualquier causa y aun de oficio– deberán decidir lo conducente y aplicar las disposiciones de dicho tratado. (Artículos 23 y 334 de la Constitución).

Hay otros controles del juez constitucional como es el caso del control sobre la constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República que declaren estados de excepción, declare su prórroga o aumente el número de garantías restringidas (artículos 336. 6 y 338) y, también, el control que tiene el juez constitucional sobre las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional (artículo 336.7).

IV. RUPTURA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES POR INTERFERENCIA DEL PODER JUDICIAL EN EL PODER LEGISLATIVO

1. *Planteamiento*

A partir del año 1999, con la llegada al poder de Hugo Chávez, comenzó a producirse en Venezuela el debilitamiento progresivo del Estado de Derecho y uno de los

medios utilizados para conseguirlo tuvo que ser necesariamente la ruptura del principio de separación de poderes²⁶. La concentración del poder ha ido creciendo en violación del principio de separación de poderes y por ende, en perjuicio de las libertades y garantías de los ciudadanos.

El Poder Ejecutivo ha ido acumulando todo el poder del Estado a través de distintos mecanismos, entre los cuales podemos mencionar: la centralización de las competencias propias y concurrentes de los estados y municipios; la usurpación de las facultades legislativas exclusivas y excluyentes de la AN mediante la figura de la delegación legislativa de la AN al Presidente de la República²⁷, desde el año 2000 y hasta diciembre del año 2015 y luego, cuando la AN ya en manos de la oposición no aceptaría delegar sus funciones al Presidente de la República, el presidente se arrogó la potestad legislativa a través de la figura de la declaratoria de emergencia económica, y –sobrevinidamente– del estado de alarma, que permite al Presidente dictar decretos-leyes, pero haciéndolo de manera inconstitucional y distorsionada.

Se ha producido la concentración del poder, desde el punto de vista funcional, cuando se ha arrebatado y usurpado la función legislativa al parlamento, pero también se ha centralizado el poder, desde el ámbito territorial²⁸. Pero además, el Poder Ejecutivo ha utilizado al Poder Judicial para debilitar el principio de separación de poderes y desarrollar su proyecto autocrático y totalitario. En efecto, Hugo Chávez entendió que un Poder Judicial imparcial e independiente, con jueces comprometidos con la misión de hacer respetar la Constitución y la leyes y someter el ejercicio del poder a derecho, significaría un obstáculo insalvable para concentrar y mantenerse en el poder, por lo cual tomó el control del Poder Judicial a través de la designación de jueces militantes políticos. De esta forma, el juez que es, conforme a la Constitución, el garante del Estado de Derecho, y a quien corresponde defender la supremacía de la Constitución, ha sido el instrumento de facilitación de la actuación totalitaria del Gobierno. Se estableció una “...*dictadura judicial con centro en la jurisdicción constitucional –al servicio del partido de gobierno, claro está– la cual, a partir del ejercicio del control constitucional sobre todos los poderes públicos y sobre la conducta de los ciudadanos y el apoyo de los demás poderes constitucionales subordinados al Ejecutivo, ha concentrado una masa de competencias y prerrogativas nunca vistas en la historia nacional.*”²⁹

²⁶ Badell Madrid, Rafael, “La ruptura del Estado de derecho en Venezuela”. Conferencia dictada en el II Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas: “Desafíos de la Democracia en el siglo XXI: Fortalezas y riesgos políticos, económicos, sociales, culturales e internacionales”, celebrado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, 7 de junio de 2018. Publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales número 157, Año 2018, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

²⁷ Véase Grau, María Amparo, *Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela*, Editorial Texto, Caracas, 2009.

²⁸ A través de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público inconstitucionalmente modificada en los años 2003 y 2009 se han “revertido” al Poder Nacional competencias que la propia Constitución de 1999 había atribuido a los Estados y Municipios. Así también, mediante la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno se redujeron las competencias y recursos a gobernadores y alcaldes y la Ley del Distrito Capital suprimió competencias y recursos a la Alcaldía Metropolitana.

²⁹ Ruan Santos, Gabriel. “El secuestro del Tribunal Supremo de Justicia”, ponencia dictada en el I Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales, Políticas y Económicas, convocado por la

La dictadura judicial instaurada por el TSJ, desde diciembre de 1999, si bien ha demostrado su sujeción al gobierno y a las instancias que políticamente lo sostienen, ha actuado con mayor fuerza, descaro y despropósito desde diciembre de 2015, cuando ocurrió el triunfo de la oposición democrática, en la elección para la nueva conformación de la AN.

En efecto, especialmente a partir de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre del año 2015, y, con ocasión de que la AN electa contara ahora con una mayoría opositora, comenzó una nueva etapa caracterizada por la utilización sistemática del TSJ, para, a través de decisiones políticas y contrarias a la Constitución, limitar, cercenar y suprimir las facultades constitucionales de la AN.

El Poder Judicial se ha encargado de disminuir la actuación de la AN desde del desconocimiento de los parlamentarios elegidos por el estado Amazonas, a través de unas medidas cautelares establecidas en sentencia del 30 diciembre de 2015 que ordenaron –con el fin de evitar que la oposición tuviera mayoría calificada– la suspensión “provisional” de la proclamación hecha por el CNE de los candidatos electos en el estado Amazonas para la AN, temporalidad que perdura hasta el día de hoy.

Con posterioridad a la sentencia del 30 de diciembre de 2015, la Sala Electoral en fallo del 11 de enero del año 2016 ordenó a la Junta Directiva de la AN desincorporar inmediatamente a los diputados electos por el estado Amazonas, y además declaró “absolutamente nulos” los actos de la AN que se hayan dictado o se dictaren, mientras se mantenga la incorporación de dichos ciudadanos, declarando en esta oportunidad en “desacato” a la AN.

La SC ha dictado, durante los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020 un gran número de sentencias enteramente inconstitucionales, todas dirigidas a limitar las competencias de legislación y control de AN, en violación del principio de separación de poderes.

2. *De la inconstitucional declaratoria del desacato de la Asamblea Nacional*

La SC, socorrida en el uso de la expresión “desacato”, ha creado una categoría especial de sanción contra la AN, totalmente inconstitucional, indeterminada, indefinida e ilimitada en el tiempo. Se trata de una aberración jurídica, error grave inexcusable, que pretende justificar la paralización del órgano que representa la soberanía popular y que tiene la función de legislar y controlar el ejercicio de la actividad administrativa por el supuesto incumplimiento de un amparo constitucional³⁰.

Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, realizado durante los días 16, 17 y 18 de octubre de 2017, bajo el título general “Democracia, Educación y Estado de Bienestar. Aporías y Alternativas Tras la Crisis, en la Doble Perspectiva Ibero-Americana”. Disponible en: www.acienpol.org.ve

³⁰ La primera sentencia que declaró el “desacato” de la Asamblea Nacional fue la sentencia número 108 de fecha 01 de agosto de 2016 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, por presunto incumplimiento de las sentencias de esa misma Sala Electoral número 260 de fecha 30 de diciembre de 2015 y número 1 del 11 de enero de 2016, por las cuales se declaró “la nulidad del acto de juramentación de los ciudadanos Julio Ygarza, Nirma Guarulla y Romel Guzamana, en el cargo de Diputados de la Asamblea Nacional realizado el 28 de julio de 2016 por la Junta Directiva del órgano legislativo nacional”. Posteriormente, en decisión número 808, del 02 de septiembre de 2016, la SC reiteró el criterio de la Sala Electoral y declaró que: “... resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea

La SC ha transformado el desacato consagrado en la Ley de amparo constitucional y lo ha convertido en un “ilícito judicial constitucional” no contemplado en el ordenamiento jurídico³¹, sin determinar su forma, alcance, procedimiento para la verificación de su comisión y consecuencia jurídica; la SC violó el principio de taxatividad de las penas y sanciones establecido en el artículo 49 de la Constitución según el cual “6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”, al establecer este tipo de “ilícito”³².

3. Desconocimiento de los poderes de control político de la Asamblea Nacional

A modo de evitar el control sobre las actividades llevadas adelante por el Poder Ejecutivo, generalizadamente violatorias del marco legal, la SC ha impedido que la AN de Venezuela cumpla con esa importante función de control y la ha tomado para sí.

Es así como, en usurpación de las funciones del órgano legislativo, la SC ha liberado a los ministros de la obligación de comparecer ante la AN, y restringido las potestades de control político del órgano parlamentario sobre el gobierno y la administración pública sometiéndolos al control del propio Ejecutivo a través de su Vicepresidente³³, en ruptura evidente del principio de separación de poderes.

De igual manera, la SC autorizó al Presidente de la República a rendir su mensaje anual, establecido en el artículo 237 de la Constitución, ante el TSJ y no ante la AN³⁴, como ordena la Constitución. Asimismo, declaró inválidos y jurídicamente ineficaces los actos realizados en el marco de la investigación aprobada por la plenaria de la Comisión Permanente de Contraloría de la AN, con ocasión de supuestas irregularidades ocurridas en la empresa Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA)³⁵.

También declaró incompetente e inconstitucional a la AN para recibir las memorias razonadas y suficientes del Vicepresidente Ejecutivo y de los ministros del gabinete ejecutivo sobre la gestión de sus despachos³⁶.

Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia”.

³¹ El primer antecedente de esta desconfiguración del desacato es la sentencia de la SC número 245 del 9 de abril de 2014, caso “Alcalde del Municipio San Diego del estado Carabobo, y Salvatore Luchesse, en su condición de Director General de la Policía Municipal de San Diego”, a través de la cual la SC aplicó directamente la sanción dispuesta en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en contra de dichas autoridades por no haber cumplido el mandamiento de amparo dictado días antes por la propia SC.

³² Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con relación a las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que designó a los integrantes del Consejo Nacional Electoral y los órganos electorales subalternos, y que intervino varios partidos políticos, del 18 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-con-relacion-a-las-sentencias-de-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

³³ Sentencia número 9 del 1º de marzo de 2016.

³⁴ Sentencia número 03 del 11 de enero de 2017.

³⁵ Sentencia número 88 del 24 de febrero de 2017.

³⁶ Sentencia número 90 del 24 de febrero de 2017.

Usurpando las funciones de la AN³⁷ previstas en la Ley Orgánica de los Hidrocarburos, la SC aprobó la constitución de empresas mixtas (Empresa Mixta PETROSUR, S.A.), en los términos establecidos por el Presidente de la República.

De nuevo en usurpación de las potestades de la AN establecidas en el artículo 187.15 de la Constitución que establece que es atribución del Poder Legislativo Nacional acordar los honores del Panteón Nacional, la SC autorizó al Presidente de la República a “conferir los Honores del Panteón Nacional al ilustre luchador Fabricio Ojeda, quien fue ejemplo vivo de los ideales revolucionarios en el combate contra la dictadura Perezjimenista y la funesta unión partidista que dio origen al pacto de Punto Fijo”.

En enero de 2019³⁸ la SC determinó que Nicolás Maduro debía juramentarse para asumir –ilegítimamente– el cargo de Presidente de la República para el período constitucional 2019-2025, ante el TSJ, y no ante la AN, como lo exige el artículo 231 de la Constitución, por considerar que el “Órgano Legislativo Nacional se encuentra en flagrante desacato”.

4. *Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para legislar*

A través del control previo de la constitucionalidad de las leyes, la SC ha impedido la aplicación de todas³⁹ las leyes que, desde su nombramiento, ha sancionado la AN en ejercicio de las competencias constitucional y naturalmente atribuidas por el artículo 187.1, entre ellas las siguientes:

- 1) Ley del Banco Central de Venezuela. La Sala declaró la nulidad de esa Ley al considerar que mediante ella se pretendía subordinar al Banco Central de Venezuela a la Asamblea (cuando lo que se hizo, en realidad, fue reproducir el contenido del Decreto-Ley de 2014)⁴⁰.
- 2) Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional. La SC cuestionó la oportunidad de la amnistía, pese a que la amnistía es una competencia exclusiva de la Asamblea que no admite control judicial en cuanto a su oportunidad y mérito⁴¹.
- 3) Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴².
- 4) Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público⁴³.
- 5) Ley especial para atender la crisis nacional de salud⁴⁴.
- 6) Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁴⁵.

³⁷ Sentencia número 533 del 10 de julio de 2017.

³⁸ Sentencia número 1 del 08 de enero de 2019.

³⁹ Respecto de la única Ley que, según la Sala, sí se ajusta a la Constitución, la Ley de bono para alimentos y medicinas a pensionados y jubilados, se anuló la disposición que ordenaba su entrada de vigencia inmediata (es decir, fue declarada “inaplicable” mediante sentencia número 327 de 28 de abril del 2016).

⁴⁰ Sentencia número 259 del 31 de marzo de 2016.

⁴¹ Sentencia número 264 del 11 de abril de 2016.

⁴² Sentencia número 341 del 5 de mayo de 2016.

⁴³ Sentencia número 343 del 6 de mayo de 2016.

⁴⁴ Sentencia número 460, del 9 de junio de 2016.

7) Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁴⁶.

8) Ley para la Protección de la Remuneración y Defensa del Salario del Docente al Servicio de las Instituciones Educativas Oficiales Dependientes del Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal⁴⁷.

9) Ley de Educación Intercultural Bilingüe Indígena⁴⁸.

10) Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana⁴⁹.

11) Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Ambiente⁵⁰.

12) Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Policiales⁵¹.

5. Regulación del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional

La SC, mediante la sentencia número 269 de 21 de abril del 2016, suspendió distintos artículos del Reglamento Interior y de Debates de la AN (luego de más de cinco años después de que su nulidad fuese invocada por entonces diputados de la oposición y cuando la mayoría pertenecía al partido de gobierno, para hacerlo cuando la ecuación era a la inversa), y además asumió la atribución privativa de la Asamblea de dictar su propio régimen de funcionamiento, al crear nuevas normas, cambiando el régimen de las sesiones de la Asamblea y el procedimiento de formación de Leyes, para lo cual incluso llegó a crear un control inexistente en la Constitución, como es la necesidad de conciliar, con el Poder Ejecutivo, la viabilidad económica de los Proyectos de Ley⁵².

6. Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para rechazar la aprobación de los estados de excepción decretados por el Presidente de la República

De otra parte, la SC ha impedido que la AN lleve adelante el control político sobre los estados de excepción decretados por el Presidente de la República, e incluso ha declarado que dicho control “no tiene relevancia jurídica”, argumentando que “*el control de la AN sobre el Decreto que declara el estado de excepción es político, no jurídico*”⁵³.

De forma que desde enero del año 2016, la SC ha avalado la constitucionalidad de los Decretos de Estado de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, mientras que la AN ha rechazado su aprobación (a pesar de que de acuerdo con la Constitución y la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, tal falta de aprobación implica-

⁴⁵ Sentencia número 938 del 04 de noviembre de 2016.

⁴⁶ Sentencia número 939 del 04 de noviembre de 2016.

⁴⁷ Sentencia número 1012 del 25 de noviembre de 2016.

⁴⁸ Sentencia número 1013 del 25 de noviembre de 2016.

⁴⁹ Sentencia número 1014 del 25 de noviembre de 2016.

⁵⁰ Sentencia número 1, del 6 de enero de 2017.

⁵¹ Sentencia número 383, del 31 de mayo de 2017.

⁵² De este modo, la SC no solo se sustituyó en la Asamblea al dictar sus normas internas de procedimiento, sino que además, pretendió subordinar la Asamblea al control político del Presidente, en violación del artículo 187, numeral 19, de la Constitución.

⁵³ Sentencia número 07 del 11 de febrero de 2016.

ba la extinción inmediata del Decreto). Con base en ese criterio se han ignorado los efectos jurídicos de las decisiones de la AN referidos al rechazo de los Decretos de Estado de Excepción y de Emergencia Económica.

7. *Usurpación de la facultad de nombrar altos funcionarios*

La SC, en el ejercicio de un supuesto control constitucional de omisión legislativa, ha violado en reiteradas ocasiones el principio de separación de poderes dispuesto en el artículo 136 de la Constitución, al usurpar las potestades propias, exclusivas y excluyentes de la AN en el nombramiento de los altos funcionarios de los órganos del poder público.

Ciertamente, en violación además del derecho democrático de participación de todos los venezolanos en los asuntos políticos, que está consagrado en los artículos 5, 6, 62, 63 y 70 de la Constitución, y en los artículos 1 y 6 de la Carta Democrática Interamericana, la SC en respuesta a recursos por omisión legislativa ha designado, en más de una ocasión a los rectores principales del CNE, así como a sus suplentes, y a los demás integrantes de los órganos subalternos del CNE, en usurpación de las facultades exclusivas y excluyentes de la AN establecidas en el artículo 296 de la Constitución.

En efecto, mediante sentencias número 70 del 12 de junio de 2020, del 13 de diciembre de 2016, del 26 de diciembre de 2014 y antes en los años 2005 y 2003, la SC se ha excedido en la facultad constitucional establecida en el artículo 336.7 de la Constitución, el cual sólo le atribuye la competencia para declarar la omisión legislativa, y de ser el caso, pronunciarse sobre los lineamientos necesarios para su corrección, y ha designado directamente a los rectores del CNE.

8. *Usurpación de la regulación en materias de reserva legal*

Desde su creación ha sido una tendencia de la SC legislar en materias de reserva legal a través de la llamada jurisdicción normativa, en usurpación de las facultades legislativas propias, exclusivas y excluyentes de la AN.

El primer caso de ruptura del principio de separación de poderes por invasión de la SC en la esfera de competencias legislativas de la AN, ha sido, sin duda, el caso José Amando Mejía, en el cual la SC reformó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y estableció un nuevo procedimiento para conocer de las acciones de amparo, por considerar que el establecido en la referida ley no estaba conforme con el nuevo texto constitucional⁵⁴.

Otro de los primeros ejemplos de usurpación de competencias del órgano legislativo por el Poder Judicial fue el caso Servio Tulio León⁵⁵, por medio del cual, actuando fuera del marco de las atribuciones expresamente otorgadas por la Constitución, esa Sala dio origen a un recurso autónomo de interpretación constitucional que no estaba consagrado ni constitucional ni legalmente, abrogándose facultades legislativas y hasta constituyentes.

⁵⁴ Sentencia del 1° de febrero de 2000.

⁵⁵ Sentencia número 1077 del 22 de septiembre de 2000.

De otra parte, desde sus primeras decisiones, la SC ha ampliado inconstitucionalmente sus facultades para incluir dentro de la revisión constitucional otras decisiones que ni la Constitución ni la ley permitían revisar⁵⁶.

La SC se ha excedido en el ejercicio de sus poderes respecto del principio de separación de poderes con la asignación de potestades que no son reconocidas ni por el texto constitucional ni por la Ley Orgánica del TSJ, en usurpación de las funciones legislativas de la AN. En efecto, la SC creó una “acción innominada de control de la constitucionalidad” para buscar concretar pretensiones de control de constitucionalidad que escapan al ámbito de competencias constitucionales y legales del juez constitucional⁵⁷.

Asimismo, en la interpretación del artículo 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la SC violó el principio de separación de poderes, desde que se auto atribuyó todas las competencias legislativas exclusivas de la AN y la facultad de delegarlas en quienes y cuando lo considere conveniente; y además, otorgó competencias legislativas al Presidente de la República, a quien le ordenó ejercerlas por encima de la reserva de las competencias del órgano legislativo.⁵⁸

También, la SC pretendió usurpar las funciones legislativas propias de la AN, al crear un régimen electoral universitario no previsto en la Ley de Universidades ni en la Ley Orgánica de Educación⁵⁹, en violación de los artículos 156, numerales 24 y 32, y 187, numeral 1, de la Constitución.

De otra parte, la Sala de Casación Civil del TSJ, distorsionando el alcance del control difuso de la constitucionalidad no solo se auto atribuyó las competencias propias, exclusivas y excluyentes de la SC y pretendió declarar de oficio y sin proceso alguno, la inconstitucionalidad de una supuesta omisión de la AN, por “*estimarlo prudente*”, sino que además usurpó la función propia, exclusiva y excluyente de la AN de legislar en materias de la competencia nacional, prevista en los artículos 187, numeral 1 y 156, numeral 32 de la Constitución, al “*estimar prudente*” “*regular el procedimiento ordinario civil que se seguirá ante todas las controversias que se interpongan ante la jurisdicción civil*”, violando la reserva legal sobre la regulación de los procedimientos, consagrada en el artículo 156, numeral 32, de la Constitución, el principio de separación de poderes, establecido en el artículo 136 de la Constitución, y el principio de legalidad, previsto en el artículo 137 de la Constitución⁶⁰.

Además, la SC pretendió delegar en el CNE potestades legislativas propias y exclusivas de la AN, como lo son legislar en materia de elecciones, en violación de los artículos 156.32 y 187.1 de la Constitución. En efecto, en usurpación de las potestades legislativas de la AN, la SC “*habilitó*” al CNE a “*llenar el vacío normativo*” ante la

⁵⁶ En este sentido véase sentencias número 93 del 6 de febrero de 2001 (*ob. cit. Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), y número 727 de fecha 8 de abril de 2003, mediante las cuales la Sala Constitucional, estableció como criterio que dentro del objeto de revisión constitucional se encuentran otras sentencias dictadas por las Salas del Tribunal Supremo de Justicia u otros tribunales, distintas a las dictadas en materia de amparo o de control difuso de la constitucionalidad.

⁵⁷ Sentencia número 907 del 28 de octubre de 2016.

⁵⁸ Sentencia número 156 del 29 de marzo de 2019.

⁵⁹ Sentencia número 324 del 27 de agosto de 2019.

⁶⁰ Sentencia número 397 del 14 de agosto de 2019.

“laguna generada como consecuencia de la desaplicación con efectos *erga omnes*”, “mediante la potestad reglamentaria que le confiere el cardinal 1 del artículo 293 constitucional”⁶¹.

De igual forma, la SC, a través de una pretendida sentencia cautelar, usurpó las potestades propias, exclusivas y excluyentes de la AN establecidas en los artículos 156.13 y 187.1 de la Constitución, al otorgarle competencia al Vicepresidente Sectorial del área Económica y Ministro del Poder Popular de Industrias y Producción para coordinar los parámetros dentro de los cuales los estados y municipios ejercerán su potestad tributaria, y “*en particular, para armonizar lo referido a los tipos impositivos y alícuotas de los tributos*”, en violación del principio de separación de poderes, consagrado en el artículo 136 de la Constitución⁶².

Recientemente, en violación del principio de separación de poderes, y además, del principio de legalidad y de reserva legal de los estados y municipios, la SC ordenó a “todos y cada uno” de los Alcaldes que suscribieron un supuesto “Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal” (con motivo de la decisión anterior), proceder en el lapso de 30 días continuos siguientes a la notificación de la decisión “adecuar sus ordenanzas municipales” relativas a los tributos a los parámetros establecidos en el acuerdo en referencia, los cuales a su vez deberán ser revisados por el Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas y luego por la SC para su aprobación⁶³. De esta forma la SC afecta las funciones administrativas de los alcaldes, que son las de ejercer el gobierno y administración de los estados y de los municipios, y les otorga funciones ajenas a la naturaleza de esas competencias, y que sólo corresponden al Poder Legislativo Municipal, en violación de los artículos 136, 137, 160, 162.1, 174 y 175 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, Asdrúbal, “La ruptura de la democracia”, en BREWER-CARÍAS, Allan, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Segunda edición actualizada al 6 septiembre 2016, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas/New York, 2016.

ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho administrativo constitucional*, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2004.

_____, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

⁶¹ Sentencia número 68 del 05 de junio de 2020.

⁶² Sentencia número 78 del 07 de julio de 2020.

⁶³ Sentencia número 118 del 18 de agosto de 2020.

BADELL MADRID, Rafael, “Crisis del Principio de la Separación de los Poderes en Venezuela”, Conferencia dictada en la Universidad de San Pablo-CEU de Madrid, en los V Cursos de Enero. España-Madrid 2003. Disponible en: <http://badellgrau.com/?pág.=11>

_____, “Luces y sombras del derecho público en Venezuela. 100 años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015.

_____, “La ruptura del Estado de derecho en Venezuela”. en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* número 157, Año 2018, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

_____, “Contratos de interés público”, en *Revista de Derecho Público* número 159-160, correspondiente al período julio-diciembre 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2020.

BREWER-CARIÁS, Allan, “Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno”, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1992.

_____, “El Estado democrático de derecho y los nuevos autoritarismos constitucionales en América Latina: El caso de Venezuela”, en *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Editorial Jurídica venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas, 2007.

_____, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Segunda edición, 2016, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas / New York, 2016.

ESCODERO, Margarita, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Serie: Trabajo de Grado N°1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004.

FERNÁNDEZ VILLEGAS, Gerardo, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2020.

FRAGA PITTALUGA, Luis, *El arbitraje en el Derecho Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2000.

GARCÍA PELAYO, Manuel, “El Status del Tribunal constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, Madrid, 1981.

GARCÍA ROCA, Javier, “Del principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, número 108. Abril-Junio 2000, Madrid, 2000.

GRAU, María A., *Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela*, Editorial Texto, Caracas, 2009.

LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Primera edición inglesa 1690, Editorial Porrúa, México, 1998.

LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, MARCOS Y PEGORARO, Lucio, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2020.

LÖSING, Norbert, “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano año XVII*, Montevideo, 2011.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, Tomo I, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, Librería General de Victoriano Suárez, 48, Preciados, 48, Madrid, 1906.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016.

OROPEZA, Ambrosio, *La nueva Constitución venezolana de 1961*, Caracas, 1981.

RISSO FERRAND, Martín J., *Derecho constitucional*, Tomo III, Edit. Ingranusi LTda., Montevideo, 1998.

RUAN SANTOS, Gabriel, “El secuestro del Tribunal Supremo de Justicia”, ponencia dictada en el I Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales, Políticas y Económicas, convocado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid, realizado durante los días 16, 17 y 18 de octubre de 2017, bajo el título general “Democracia, Educación y Estado de Bienestar. Aporías y Alternativas Tras la Crisis, en la Doble Perspectiva Íbero-Americana”. Disponible en: www.acienpol.org.ve

10. LA ORGANIZACIÓN FEDERAL Y LA DESCENTRALIZACIÓN COMO POLÍTICA FEDERAL PARA GARANTIZAR LA DEMOCRACIA

Alejandro CANÓNICO SARABIA*

Resumen: La Constitución define nominalmente a Venezuela como un Estado federal descentralizado en sus propios términos, y al mismo tiempo, caracteriza al gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen como democrático y descentralizado. En ese sentido la Constitución conecta de manera armónica la forma de estado con el tipo de gobierno, estableciendo como hilo conductor la idea de descentralización como política estratégica nacional, convirtiéndola en fundamental para la garantía del sistema democrático participativo. En consecuencia, cualquier acción gubernamental que se muestre en un sentido distinto a la organización federal y a la idea de descentralización, se entiende ilegítima y afecta al sistema democrático y al Estado de Derecho.

Palabras claves: Federación, Descentralización, Poder Público, Democracia, Autonomía.

Abstract: The Constitution defines Venezuela as a decentralized federal State in its own terms, and at the same time, characterizes the government of the Republic and the political entities that compose it as democratic and decentralized. In this sense, the constitution perfectly relates the form of state with the type of government, establishing as a channel of communication the idea of decentralization as a national strategic policy, making it fundamental for the guarantee of the participatory democratic system. Consequently, any government action other than the federal organization and the idea of decentralization is understood to be illegitimate and affects the democratic system and the rule of law.

Key words: Federation, Decentralization, Public Power, Democracy, Autonomy.

I. LA FORMA JURÍDICA DEL ESTADO VENEZOLANO

La forma de Estado es la manifestación amplia del complejo de instituciones y de reglas que caracterizan a las relaciones que se generan entre los diversos elementos fundamentales de carácter tradicional del mismo Estado –gobierno, pueblo y territorio– sobre la base de concepciones específicas de carácter político y jurídico¹.

* Abogado. Profesor Universidad Católica Andrés Bello. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña. Magister en Historia. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Coordinador Nacional de la Red Iberoamericana de Contratación Pública. Correo electrónico: *canonico1511@gmail.com*

¹ Fernández Morales, Juan Carlos. *Temas de Derecho Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, 3^{ra} Edición, Caracas, 2012, p. 63.

Este aspecto jurídico viene dado por el reconocimiento que sobre esta expresión formal hace principalmente el texto constitucional, en el diseño estructural que aporta en un espacio y tiempo determinado.

Específicamente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) sancionada en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1999, publicada originalmente en la Gaceta Oficial de Venezuela Número 36.860 del 30 de diciembre de 1999², ha definido nominalmente al Estado como un Estado Federal Descentralizado, en sus propios términos, organizado en un sistema de distribución del Poder Público en tres niveles territoriales (Municipal, Estatal y Nacional), que es ejercido por diversos órganos a los que se la ha atribuido determinadas competencias. Por ello resulta ilustrativo citar el artículo 4 constitucional que expresa lo siguiente:

“Artículo 4. *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.*”³

No obstante, para comprender la definición constitucional sobre el modelo jurídico del Estado actual, en función de la organización del Poder Público y los elementos espaciales y humanos existentes, es menester traer a colación algunos textos constitucionales que han precedido a la vigente Constitución de 1999, debido a que la historia constitucional venezolana pone en evidencia los diversos acontecimientos políticos e institucionales presentes en cada tiempo y espacio. Cabe destacar que desde 1811 hasta la actualidad, Venezuela ha tenido 27 constituciones⁴, a excepción de tres (1891, 1947 y 1961) casi todas dictadas bajo presidencias militares, incluyendo la constitución vigente de 1999⁵.

Comenzaremos afirmando que la consolidación del Estado venezolano como República independiente, tiene su origen jurídico político en los sucesos del día 19 de abril de 1810, cuando los integrantes del Cabildo de Caracas, se constituyeron en “Suprema Junta Conservadora de los Derechos de Fernando VII”, procediendo a desconocer a la Junta Central que ejercía la Regencia en España, por autoproclamación, y resolvieron establecer un gobierno autónomo en la Provincia de Caracas e invitar al resto de las

² Esta constitución fue posteriormente reimpressa en la G.O. N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la excusa de corregir errores gramaticales, pero realmente en dicha publicación se realizaron cambios sustanciales que no fueron sometidos a la aprobación del pueblo mediante referendo. Posteriormente, sufrió la Enmienda N° 1, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009, que representa el texto vigente en la actualidad.

³ Esta disposición se relaciona con el artículo 6 del mismo texto constitucional que caracteriza al sistema de gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que lo componen, como democrático y descentralizado.

⁴ En estos momentos se encuentra en funcionamiento una Asamblea Nacional Constituyente, instalada por la iniciativa directa del Presidente de la República, sin la convocatoria popular que exigía el artículo 347 de la C RBV, a los fines de transformar el estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva constitución. La conformación de la referida Asamblea Nacional Constituyente se produjo exclusivamente con militantes del partido socialista unido de Venezuela (PSUV) que es el partido político gobernante, y su duración se ha prolongado más allá de lo que inicialmente estaba previsto, sin que hasta la presente fecha se conozca la redacción y aprobación de un solo artículo de lo que sería el nuevo texto constitucional.

⁵ Loreto González, Irene. *Algunos aspectos de la historia constitucional venezolana*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 91, Caracas, 2010, p. 179.

provincias dispuestas a participar (Margarita, Cumaná, Barinas, Barcelona, Mérida y Trujillo) que conformaban el territorio de la Capitanía General de Venezuela a partir de 1777, para la integración de un Congreso Nacional en el que concurrirían los representantes de sus respectivos gobiernos.

Estos sucesos desembocarán un año más tarde en la aprobación por el Congreso Nacional de la Declaración de la Independencia de la Corona española, el 5 de julio de 1811 y la firma de su acta el 7 de julio de ese mismo año, constituyéndose ésta en el documento político jurídico fundacional de la República de Venezuela, que aprobaría su primera Constitución política el 21 de diciembre de 1811, asumiendo como forma de organización de las provincias, la “confederación”. Puede decirse que Venezuela, como estado independiente, nació bajo la forma federal, ya que no había otra forma para construir un estado sobre una base de una estructura político-territorial de provincias incommunicadas y disgregadas, que había legado el régimen político de la monarquía española; tomando en cuenta además que el esquema estructural de referencia fue la experiencia norteamericana⁶. Lo destacable es que Venezuela es la primera nación en aprobar su constitución política, a semejanza de lo que había ocurrido en los Estados Unidos de Norte América, en Francia y en Polonia.

Luego de todos los sucesos de la guerra de Independencia, que llegó a su fin once años después (1821), aunada a la manifiesta y reiterada posición crítica del libertador Simón Bolívar en contra del sistema federal, evidenciada a través de la Constitución de 1819 (Angostura) y la Constitución de 1821 (Cúcuta), así como el evento de la separación de la Gran Colombia (1830); finalmente se expediría la Constitución del 24 de septiembre de 1830, –quedando Venezuela jurídicamente autónoma de los países que integraban la Gran Colombia– y donde se adoptó una forma de estado central-federal o semi-federal, es decir, estado unitario, pero las provincias que lo conformaban tenían una amplia autonomía, dividiéndose en cantones y parroquias.

Posteriormente, en la Constitución del 18 de abril de 1857, aunque de corte centralista, se reconoció la condición de Poder al municipal, que convivía con el Poder Nacional. Un año más tarde la Convención Nacional de Valencia sanciona otro texto constitucional que fue promulgado el 31 de diciembre de 1858, constituyéndose en la primera constitución democrática del país, al instituir el voto directo y universal, sin poder materializarse por sobrevenir la guerra federal. Fue a partir de la guerra civil, conocida como Guerra federal o Revolución federal, que se inició en 1859 y finalizó en 1864, que se terminaría de consolidar la forma de estado federal, a partir de la constitución promulgada el 13 de abril de 1864⁷, aportándole al país la denominación, en lo que se conocerá durante que duraría aproximadamente un siglo (hasta 1953), de Estados Unidos de Venezuela.

⁶ Brewer-Carías, Allan R. *Historia Constitucional de Venezuela*, Editorial Alfa. T. I, Caracas, 2008, p. 252.

⁷ Arráiz Lucca, Rafael. *Las constituciones de Venezuela (1811-1999)*. Editorial Alfa, Caracas, 2012. p. 44.

Por último, en la Constitución de 1961⁸, se define expresamente la forma de estado, señalando en su artículo 2 que “*la República de Venezuela es un estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución*”, pero realmente apenas comenzó a experimentarse cambios y manifestaciones federativas mucho después de la vigencia de ese texto constitucional; específicamente a finales de siglo, con la sustitución del régimen de designación de los gobernadores de los estados por el Presidente de la República, pasando a escogerse los gobernadores a través de la elección popular, universal, libre, directa y secreta, a propósito de la vigencia de la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.086, del 14 de abril de 1989; así como del inicio del proceso de descentralización de competencias, bienes, recursos financieros y personal del Poder Central a los Estados, con la promulgación de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.153 Extraordinario de fecha de 28 de diciembre de 1989⁹.

En lo atinente al ámbito local a partir de 1989 también se introducen reformas que contribuyen a la descentralización, pues se refuerza la autonomía municipal, se establece el sistema de elección de autoridades ejecutivas (alcaldes) y legislativas (concejales) de manera separada, se amplían los mecanismos de participación ciudadana, todo esto a través del establecimiento de una novedosa normativa nacional para regir a el desarrollo de la institución municipal¹⁰.

1. *La Particular Federación de la Venezuela Actual*

Sabemos que el Estado federal, como Estado compuesto, está constituido principalmente por estados miembros que poseen su propia competencia determinada por la Constitución, con variaciones de intensidad en sus relaciones con la federación y que poseen un territorio sometido a la soberanía de la unión en su competencia federal; estas entidades federativas conservan algunas prerrogativas de la soberanía interna, pero mostrándose en el plano internacional como uno solo; y sus individuos forman un cuerpo nacional único que se denomina comunidad política. Siendo la principal prueba de la existencia de una federación la manifestación contenida en la Constitución, acompañada de la definición de su propia organización y relaciones, pues es la calidad de las funciones de las entidades federativas y no su cantidad, lo que real y sinceramente determina la presencia de una verdadera federación.

Ahora bien, luego de observar la evolución histórica sobre la formación y desarrollo del estado venezolano, podemos concluir *a priori* que el vigente texto constitucional continuó con la tradicional forma federal del estado que ha imperado a lo largo de esa historia, con algunas modulaciones, condicionada a la interpretación de los regímenes y particularidades de los gobiernos de turno.

⁸ Esta Constitución ha sido la que más tiempo ha permanecido en vigor, rigió durante el período democrático con mayor estabilidad política e institucional en el país y es la antecesora de la vigente Constitución de 1999.

⁹ Esta ley se encuentra vigente, pero con una reforma publicada en la Gaceta Oficial N° 37.753 del 14 de agosto de 2003.

¹⁰ A través de la promulgación de la Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Régimen Municipal publicada en la G.O. N° 4.409 del 15 de junio de 1989.

Efectivamente el citado artículo 4 de la vigente Constitución, define nominalmente a Venezuela como un estado federal descentralizado en los términos de la propia constitución, y al señalar expresamente los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, como fundamentos de esta federación, está al mismo tiempo identificando las características de la misma, como una federación cooperativa. Lo que viene a ser refrendado con el sistema de gobierno que determina el artículo 6 *eiusdem*, al indicar que el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático y descentralizado. En ese sentido la constitución conecta de manera armónica la forma de estado con la forma de gobierno, estableciendo como hilo conductor y garantista la idea de descentralización, convirtiéndola en trascendente para que se consolide el sistema democrático participativo.

Adicionalmente resulta conveniente afirmar que la exposición de motivos del propio texto constitucional¹¹, nos ayuda a terminar de entender el modelo federal del estado adoptado teóricamente por el constituyente de 1999, basado en el *federalismo intra-estatal, cooperativo o de ejecución*. Observamos por una parte, la declaración nominal de una federación descentralizada, y por la otra, la caracterización de una federación cooperativa basada en los principios antes comentados¹².

Cabe destacar que un sector de la doctrina considera que el enunciado constitucional referido a la federación descentralizada resulta una contradicción de términos¹³, debido a que –según su tesis– todo estado federal es descentralizado, por lo que de traducirse en una realidad práctica la calificación nominal de estado federal, no era necesario agregarle adicionalmente el término descentralizado. Por su parte, el profesor Víctor Hernández Mendible¹⁴, considera que la yuxtaposición de las palabras “federal descentralizado”, no constituye ni una redundancia, ni tampoco una tautología, sino más bien un pleonismo, al otorgarle mayor sentido a la concepción original, ya que dicha declaración obedece a los antecedentes históricos del federalismo nominal o formal, no real o material, sobre los que se desarrolló el Estado venezolano.

¹¹ Debemos destacar que la Exposición de Motivos no se discutió en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, conjuntamente con el proyecto de Constitución, ni lo acompañó en la aprobación popular por referéndum celebrado el 15 de diciembre de 1999, sino que fue elaborada y adicionada al texto de la constitución con posterioridad a aquella fecha.

¹² La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, mediante sentencia N° 2495 del 19 de diciembre de 2006, se pronunció al respecto compartiendo el criterio antes comentado: “...el Constituyente, tanto en lo general como en lo particular, se acercó, en cuanto a la estructura vertical de ejercicio del Poder Público, a un modelo de federación descentralizado cooperativo. En lo general, al propugnar como principios definidores de nuestro federalismo descentralizado los de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad (art. 4°)” <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/2495-191206-02-0265.HTM>, consultada el 24 de abril de 2018

¹³ Rondón de Sansó, Hildegard. *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Editorial Exlibris, Caracas. 2000, p. 49 y Alfonzo Paradisi, Juan Domingo. *El Régimen de los Estado vs. La Centralización de Competencias y de Recursos Financieros*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 9.

¹⁴ Hernández Mendible, Víctor. “La Asociatividad entre las Entidades Territoriales en la República de Venezuela”, en Manuel Alberto Restrepo Medina y Liliana Estupiñán, (coords.), *Asociación Territorial. Enfoque comparado y análisis en el nuevo contexto de la organización territorial colombiana*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pp. 55-81. En ese mismo sentido la califica Vigilanza García, Adriana. “Descentralización política y las leyes del poder popular”, en *Leyes Orgánicas Sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*. Colección textos legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, p. 477.

Efectivamente, si bien es cierto que la forma de estado que imperó en Venezuela fue un federalismo nominal, la federación centralizada se impuso en todos los órdenes, asumiendo la denominación federal del estado sin reunir todos los requisitos de tal, aunque sin llegar al extremo de considerarse un estado unitario por sus características peculiares; en todo caso pudiera haber sido calificado como un estado semi-federal. Por ello el reto de la constitución de 1999 era sustituir la federación centralizada en la que se había convertido el estado, por una verdadera federación descentralizada en lo político como una forma de perfeccionamiento del sistema democrático¹⁵. Esta es la razón de conjunción de los términos federación descentralizada, amalgamando la concepción federativa original con estructuras periféricas y atribuciones definidas, pero con una política de transferencia de competencias.

Por otra parte es lógico que la organización política y funcional de este estado federal descentralizado esté soportada constitucionalmente en los señalados principios informadores, partiendo de la base que toda federación se encuentra organizada bajo el esquema de una distribución territorial del Poder Público. En ese sentido, el principio de integridad territorial supone la unicidad conceptual en el aspecto territorial del estado, unidad superior que se superpone por encima de la integración de partes diferenciadas territorialmente sobre las cuales se ejerce soberanía, entendiendo que ni siquiera la distribución territorial del Poder Público puede atentar en contra de la integridad territorial.

Mientras que los principios de cooperación, concurrencia y corresponsabilidad, se refieren al ejercicio de las competencias y atribuciones que tienen asignados cada uno de los entes político-territoriales que ejercen el Poder Público, en el entendido que dentro de las relaciones de interdependencia deben cooperar y generar fórmulas de coordinación en cuanto a las atribuciones concurrentes y complementarias, principalmente en lo que respecta al cumplimiento de los fines públicos que cada uno persigue y debe asegurar; sin descartar el principio de solidaridad, que obliga a cualquiera de los órganos a asumir atribuciones que no puedan ser cumplidas por otro, en garantía del interés general.

Partiendo del anterior planteamiento teórico, a continuación trataremos de hacer un ejercicio para identificar elementos que nos acerquen o alejen de la forma federal del Estado en la constitución venezolana. Específicamente, observamos como elementos propios de un Estado federal en la constitución venezolana, lo siguiente: a. La definición del Estado Federal Descentralizado (Artículo 4); b. El establecimiento del Distrito Capital como sede de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional (Artículo 18); c. La competencia residual de los estados, en el entendido que supuestamente le corresponde a estos todo lo no fue atribuido expresamente al nivel central o al municipal (Artículo 164.11); d. La previsión de considerar a los estados como entidades autónomas, con personalidad jurídica plena (Artículo 159); e. La creación de los Consejos Legislativos Estadales con competencia para dictar leyes estadales (Artículo 162); f. La administración y gobierno de los estados atribuida a un gobernador elegido popularmente

¹⁵ Brewer-Carías, Allan R. "Consideraciones sobre el régimen de Distribución de Competencias del Poder Público en la Constitución de 1999", en *Estudios de Derecho Administrativo Volumen I, Libro Homenaje, Universidad Central de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001*, p. 108.

(Artículos 160); g. La asignación constitucional de supuestas competencias exclusivas para los estados (Artículo 164); h. La previsión de las Contralorías estatales, con reconocimiento constitucional, autonomía orgánica y funcional (Artículo 163); i. La creación de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (Artículo 166); j. La posibilidad de ampliar el contenido de las competencias de los estados y municipios por la vía de la transferencia de competencias del Poder Nacional, en sintonía con una política nacional de descentralización (Artículos 157 y 158); k. La obligación de dictar un marco normativo que desarrolle las Haciendas Públicas Estadales con criterio de autonomía (Disposición transitoria cuarta núm. 6); l. El reconocimiento de la potestad tributaria de los estados (Artículos 167 y 183); m. La creación del Consejo Federal de Gobierno¹⁶, como órgano encargado de la planificación y coordinación de las políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencias de competencias, del que depende además el Fondo de Compensación Interterritorial (FCI) destinado a la financiación de inversiones públicas dirigidas a promover el desarrollo sostenible y equilibrado de las regiones (Artículo 185).

Pero como se observan aquellas manifestaciones de un estado federal, en contrapartida se visualizan aspectos muy serios que van en dirección contraria, como resulta de la evidente elevada preponderancia de la Ley nacional para regular muchos de los asuntos propios de los estados y municipios, antes enunciados, y por lo tanto la notable intervención e influencia del Poder Nacional, que, en consecuencia, supone algunas limitantes para el desarrollo y fortalecimiento de las regiones y sus autonomías.

A título de catálogo ejemplificador podemos señalar los siguientes aspectos que ponen en evidencia la denuncia que acabamos de formular, sobre la idea de que existen normas constitucionales contrarias a la idea de federación: a. Sólo por ley orgánica se regula la división político territorial del Estado a los fines de garantizar la autonomía municipal y la descentralización político-administrativa (Artículo 16); b. A través de la ley nacional se pueden establecer restricciones a la actividad legislativa de los Consejos Legislativos Estadales, ya que la ley nacional es la encargada de determinar su organización y funcionamiento, restándole autonomía a los estados en lo que respecta a su potestad normativa sobre sus órganos propios, lo que resulta insólito en un estado federal (Artículo 162); c. La constitución le atribuye competencias a los estados pero al mismo tiempo señala que dichas atribuciones se ejercerán de conformidad con lo que disponga la ley nacional, específicamente en lo que respecta a la organización de sus municipios; en cuanto a la organización, recaudación, control y administración de sus ramos tributarios; y en lo atinente a la administración de las tierras baldías en su territorio (Artículo 164.2, 4 y 5). En fin, realmente no existen competencias exclusivas de los estados porque todas las atribuciones de éstos se ejercen de conformidad con la ley nacional; y en cuanto a las competencias denominadas concurrentes, la delimitación de

¹⁶ El Consejo Federal de Gobierno es el órgano encargado de la planificación y coordinación de las políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los estados y municipios. En consecuencia, el Consejo Federal de Gobierno establece los lineamientos que se aplican a los procesos de transferencia de las competencias y atribuciones de las entidades territoriales, hacia las organizaciones de base del Poder Popular: Se rige por la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno publicada en la G.O. N° 5.963 del 22 de febrero de 2010 y su Reglamento publicado en la Gaceta Oficial N° 39.382 del 9 de marzo de 2010.

ámbitos entre lo nacional, lo estatal y lo municipal se asigna a las leyes de base que promulgue la Asamblea Nacional (Artículo 165); d. Igualmente, en cuanto a los ingresos de los estados y a los límites de la autonomía municipal, se encuentran determinados y ajustados por disposiciones contenidas en leyes nacionales; ejemplo: las asignaciones económicas especiales, quedando a discreción del poder central, y la inversión del situado igualmente condicionada por ley (Artículos 156.16, 167, 168 y 169); e. La ley nacional será la que permita la coordinación y armonización de las potestades tributarias de los estados y municipios, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o las alícuotas de los tributos; y se le atribuye al Poder Nacional la competencia residual en materia tributaria, que antes correspondía a los estados (Artículo 156.13); g. Los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas se deben organizar con base en lo dispuesto en la Ley nacional, así como los Consejos Locales de Planificación Pública en el ámbito municipal (Artículo 166 y 182); h. La ley nacional es la que determina los principios, condiciones, requisitos, prohibiciones e incompatibilidades para postularse y ejercer el cargo de alcalde (Artículo 177); i. A los gobernadores no les está dada la atribución de decretar ningún tipo de estado de excepción, ya que es una competencia exclusiva del Presidente de la República (Artículo 337); y j. La supresión de la cámara del senado deja sin representación a los estados en el órgano legislativo nacional y facilita la adopción de medidas tendientes a la concentración del poder.

Consecuencialmente vemos que en realidad se nos presenta un particular Estado Federal, con un visible desequilibrio funcional inclinado hacia la supremacía del Poder Nacional, ya que en este diseño estructural y competencial la principal autoridad es ejercida de forma compartida entre la Asamblea Nacional y el Presidente de la República. Muchas de las atribuciones y competencias asignadas a los estados y municipios están limitadas y condicionadas por una ley nacional, por lo que existe un problema en la calidad de esas atribuciones, condición necesaria para evaluar la profundidad de la federación.

Es por ello que, a pesar de que el texto constitucional establece como título que Venezuela es un estado federal descentralizado, y que debe tener al proceso descentralizador como una política nacional, el estado vivo, aquel que se ejecuta y el que opera en la realidad cotidiana, es cada día más un estado centralizado, totalitario y presidencialista¹⁷. Predomina la concentración del poder en una sola voluntad, que lejos de ir caminando y consolidando la descentralización, se desconocen las competencias originarias de los estados y municipios y se recentralizan otras atribuciones, lo que trae como consecuencia que se vea debilitada la autonomía otorgada constitucionalmente a estos entes políticos territoriales.

¹⁷ Canónico Sarabia, Alejandro “Estructura del estado y la organización de la administrativa pública en Venezuela”, en *La Organización Interna de los Estados*. Colección de Derecho Administrativo Comparado, V.II, Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Director. Libardo Rodríguez. Coord. Luciano Parejo Alfonso. Editorial Temis, Bogotá, 2019.

II. LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y DEL PODER PÚBLICO

1. *La organización del Estado*

En correspondencia con la forma federal del Estado que determina el analizado artículo 4 constitucional, Venezuela se organiza política y territorialmente, con base en lo dispuesto en el artículo 16 de la CRBV, de la siguiente forma: 1. El territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las Dependencias Federales¹⁸ y en el de los Territorios Federales; y 2. Además el territorio se organiza en Municipios¹⁹.

La división político territorial se regula por ley orgánica, en lo que respecta a la conformación de los estados, con sus elementos fundamentales; adicionalmente por ley se podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, y se le podrá dar a un territorio federal la categoría de Estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo. Lo cual deberá ser sometido a un referendo aprobatorio en la entidad respectiva, para que adquiera eficacia.

Actualmente Venezuela posee 23 estados: Anzoátegui, Amazonas, Apure, Aragua, Barinas, Bolívar, Carabobo, Cojedes, Delta Amacuro, Falcón, Guárico, La Guaira, Lara, Mérida, Miranda, Monagas, Nueva Esparta, Portuguesa, Sucre, Táchira, Trujillo, Yaracuy y Zulia. Adicionalmente, el país cuenta con un Territorio Federal denominado Territorio Insular Francisco de Miranda²⁰, y con 335 municipios, que son las entidades políticas territoriales en las que se encuentran divididos los estados.

Adicionalmente, nos encontramos con el Distrito Capital, integrado principalmente por la ciudad de Caracas²¹, que se constituye en la capital de la República y en la sede territorial de los órganos del Poder Nacional²². Según el texto constitucional, una ley especial deberá establecer la unidad político territorial de la ciudad de Caracas, que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles, los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Sobre la base de los principios de

¹⁸ Según el artículo 17 de la CRBV las dependencias federales son las islas marítimas no integradas en el territorio de un Estado, así como las islas que se formen o aparezcan en el mar territorial o en el que cubra la plataforma continental; y se rigen por el Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Dependencias Federales, publicado en la G.O. N° 39.787 del 27 de octubre de 2011.

¹⁹ Un sector de la doctrina venezolana considera que no se debió incluir a los municipios en esa enumeración en virtud de que no se trata de divisiones político territoriales de la República, en todo caso, se debió afirmar que el territorio de las divisiones u organizaciones políticas (estados, Distrito Capital, territorios o Dependencias Federales) se subdivide en municipios. (Nelson Socorro, “Distrito capital, Distrito metropolitano o Distrito capital metropolitano”, en *Leyes Sobre Distrito Capital y El Área Metropolitana de Caracas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, p. 101).

²⁰ Este territorio federal fue creado mediante el Decreto Con Rango valor y Fuerza de Ley de Creación del Territorio Insular Francisco de Miranda, publicado en la G.O. N° 39.797 del 10 de noviembre de 2011.

²¹ Antes de la vigencia de la CRBV la figura jurídica que regía a la ciudad de Caracas era el Distrito Federal.

²² *Vid.* Artículo 18 de la CRBV.

mocrático y participativo, según el texto constitucional, la ley establecerá la organización, el gobierno, la administración, las competencias y los recursos para la ciudad²³.

La Asamblea Nacional Constituyente dictó la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas²⁴, recogiendo las exigencias para la ciudad de Caracas que imponía el contenido del artículo 18 constitucional y, entendiendo que el Distrito Capital (Caracas) se trataba de un Distrito Metropolitano, en su concepción de ciudad capital de la República. En ese sentido, meses más tarde, la Comisión Legislativa Nacional sancionó la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas²⁵, para culminar con la extinción del antiguo Distrito Federal y regular el nacimiento de la nueva organización metropolitana²⁶.

Sin embargo, posteriormente el órgano legislativo nacional consideró que no se le había dado cumplimiento al citado artículo 18 de la constitución y, mediante la Ley Especial Sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital²⁷, –vacando de contenido al Distrito Metropolitano– paralelamente le dio vida al Distrito Capital. Con la anterior normativa se desconoció el avance propuesto por la nueva Constitución para la regulación de la ciudad de Caracas y se retrocede, al punto de rescatar el antiguo régimen previsto para el Distrito Federal, derogado con la constitución de 1999, violando por tanto el principio democrático y participativo exigido por el texto constitucional²⁸. Observamos que se concibe en la comentada regulación una entidad de ámbito territorial (Dis-

²³ Según la disposición transitoria primera de la CRBV, la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Capital debió ser aprobada por la propia Asamblea Nacional Constituyente, y hasta su vigencia seguiría en vigor el régimen previsto en la Ley Orgánica del Distrito Federal y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

²⁴ Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.906 del 8 de marzo de 2000.

²⁵ Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.006 del 3 de agosto de 2000.

²⁶ Al resolver un recurso de interpretación interpuesto por el Alcalde Metropolitano Alfredo Peña, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1563 dictada el 13 de diciembre de 2000, declaró lo siguiente: “*Dentro de su poder originario, la Asamblea Nacional Constituyente no dictó una Ley sobre el Régimen del Distrito Capital, como acto previo a sancionarse, ... decretó la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, ...*”. “*La ciudad de Caracas estará formada por una unidad político-territorial, que integra los territorios que la ley especial le señale, y que tendrá un sistema de gobierno municipal integrado y conformado por los municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda, que se integran en la unidad político-territorial. Tal división presupone una Ley del Distrito Capital, que a él lo delimitara, pero tal ley (especial) no hizo falta para la constitución del Distrito Metropolitano de Caracas, porque la Asamblea Nacional Constituyente, con su poder de creación (...), procedió de una vez a cumplir en extenso el artículo 18 de la Carta Magna, señalando cuáles son los límites territoriales del Distrito Capital (Municipio Libertador del antiguo Distrito Federal), y dándole de una vez a dicho Distrito el régimen de Distrito Metropolitano (artículo 171 de la vigente Constitución). Ello, sin perjuicio que la Ley del Distrito Capital, divida al actual Municipio Libertador en otros Municipios y le imponga un particular régimen municipal, circunscrito al Distrito Capital.*” (...) <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1563-131200-00-2658%20.HTM> consultada el 24 de mayo de 2018.

²⁷ Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.156 del 13 de abril de 2009. Adicionalmente se dictó la Ley Especial de Transferencia de Bienes y Recursos Administrados Transitoriamente por el Distrito Metropolitano de Caracas al Distrito Capital (G.O. N° 39.170 del 4 de mayo de 2009), y la Ley de Presupuesto del Distrito Capital Para El Ejercicio Fiscal 2009 (G.O. N° 39.172 del 6 de mayo de 2009).

²⁸ La parte final del artículo 18 de la CRBV expresamente señala que: “...la ley garantizará el carácter democrático y participativo de su gobierno” Lo que guarda estrecha relación con el artículo 171 y la disposición transitoria primera del mismo texto constitucional.

trito Capital) dependiente del Poder Nacional, ya que su primera autoridad es de la libre designación y remoción del Presidente de la República, sin la posibilidad de la participación de los ciudadanos en su elección democrática, así como la función legislativa se le atribuye a la Asamblea Nacional, que es el órgano legislativo de la Federación.

2. *La Distribución del Poder Público*

El Poder es la materialización de la facultad de mando que tiene el Estado. Es la autoridad a cuyo orden, a cuya coacción, a cuya regla se encuentra sometida la población. Es pues un poder de dominación y organización social²⁹, esta característica es precisamente la que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes. Desde que la sociedad comenzó a organizarse tomó forma el poder político y la historia del estado no ha consistido sino en los esfuerzos de la colectividad tendientes a racionalizar el poder, a hacerlo más humano y más noble, con fines utilitarios, esto es, para satisfacer las necesidades de las personas.

En la actualidad, concebimos al Poder Público como un instrumento para la realización de los fines del Estado, dichos fines se encuentran recogidos en el artículo 3 del texto fundamental, y que consisten en: *propender a la defensa y el desarrollo de la persona y garantizar el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, y la garantía de los principios, deberes y derechos reconocidos en la constitución*. Estacando con especial atención la garantía de la dignidad del ser humano, como eje concéntrico de la actuación del Estado.

En lo respecta a la organización del Poder Público en Venezuela, lo primero que debemos destacar en el aspecto nominal, y es que nuestra vigente constitución se refiere a la distribución del Poder Público y no a la separación de poderes³⁰, lo cual de alguna manera es acertado porque nos indica, por una parte, que el Poder Público es uno, es el poder del Estado, pero que para cumplir cabalmente con los fines que el mismo tiene establecidos en la constitución, debe diversificarse y en consecuencia se estructura orgánicamente y se distribuyen sus funciones para ser más eficaz. Y por último, supone que los órganos llamados a desarrollar las competencias asignadas no están aislados ni dispersos, deben mantener una relación permanente de colaboración, cooperación y coordinación³¹.

Específicamente, el citado artículo 136 de la CRBV organiza al Estado conforme al principio de distribución territorial del Poder Público, entre Municipal, Estatal y Nacional; y luego el Poder Público Nacional se distribuye en ramas o funciones: Legislati-

²⁹ La Roche, Humberto. *Derecho Constitucional*, T. I. Parte General, 20° edición, Valencia, 1991, p. 282.

³⁰ Artículo 136 de la CRBV: “*El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, El Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral*”. *Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.*”

³¹ “*..el principio de separación de poderes se sostiene, precisamente, en la identificación de la pluralidad de funciones que ejerce el Estado y que aun cuando modernamente no se conciben distribuidas de forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos, si pueden identificarse desarrollados preponderantemente por un conjunto de órganos específicos...*”. Sentencia N° 0962 del 9 de mayo de 2006, SC-TSJ, Exp: 03-0839, caso: Cervecería Polar Los Cortijos.

vo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. La Constitución venezolana de 1999 presenta una verdadera novedad al alejarse de la tradicional e histórica distribución tripartita del Poder Público Nacional, y elevar dos funciones más a la categoría de poder público. Lo que quiere decir que además del Poder Legislativo Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional y el Poder Judicial, se incorpora al Poder Electoral y al Poder Ciudadano, para componer la novel *penta* distribución del Poder Público Nacional.

Con base en la citada disposición constitucional y en la exposición de motivos de la CRBV de 1999, se puede afirmar que dentro de un Estado “*Federal*”, como teóricamente es el nuestro, los niveles políticos territoriales, tienen autonomía y sólo deben generarse entre ellos relaciones de coordinación, cooperación, interdependencia, corresponsabilidad, subsidiariedad, lealtad y asistencia mutua, para lograr los fines del estado.

3. *El reparto de competencias entre los entes políticos territoriales*

La distribución político territorial del Poder Público, entre el Poder Municipal, Estatal y Nacional, en los términos definidos en el citado artículo 136 constitucional, conduce a un reparto de competencias entre los distintos órganos y entes que ejercen el Poder Público. En virtud de ello, en el texto de la constitución se precisan las competencias, esto es, materias y atribuciones que corresponden a cada uno de ellos, determinando si se trata de competencias exclusivas, concurrentes, residuales o implícitas; con un marcado desequilibrio hacia el nivel central o nacional.

En el artículo 156 de la CRBV, encontramos la enumeración de las materias que le corresponden a los órganos del Poder Público Nacional, sin determinar si las señaladas atribuciones están referidas a competencias exclusivas o concurrentes, debido a que efectivamente allí se encuentran contenidas materias que coinciden con otras de las órbitas del Poder Público. Pero indudablemente que resultó el Poder Público Nacional el mayor beneficiado en lo que respecta al reparto material de competencias. A título ilustrativo podemos señalar como ejemplo de sus competencias, las siguientes: Los servicios de identificación, de naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros o extranjeras.

Por su parte, en el artículo 164 constitucional, se determinan las competencias de los Estados, pero con la particularidad de que allí si se define que se trata de competencias exclusivas, aunque luego observemos la falta de sinceridad del propio texto constitucional, cuando nos encontramos en esa enumeración que existen competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales de manera concurrente; pudiendo afirmar que en realidad son muy pocas las competencias realmente exclusivas que le dejó la constitución; ejemplo de sus competencias exclusivas, son: La administración de los minerales no metálicos y las salinas, ostrales, así como la administración de las tierras baldías, no obstante, amerita de una ley nacional para desarrollar tal atribución.

Por último, en el artículo 178 *eiusdem*, se regulan las atribuciones de los Municipios en diversas áreas que no son precisamente de la competencia exclusiva de estos, salvo cuando aquellas atribuciones estén referidas a la vida local; como ejemplo de ello podemos observar que le corresponde a los municipios la prestación del servicio público de aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos; la ordenación territorial y urbanística, entre otros.

Conforme al anterior análisis existen múltiples materias que pueden ser consideradas de competencia concurrente, distribuidas entre los tres niveles territoriales que con-

forman el Poder Público (Municipios, Estados y República); y a los fines de determinar la atribución específica de cada órgano en el cumplimiento de la responsabilidad que le corresponde, con el objeto de generar adicionalmente certeza jurídica, el artículo 165 de la CRBV, señala que *“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”*. Igualmente la legislación sobre la materia de competencias concurrentes debe estar orientada por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad; en identidad con la base de la federación descentralizada.

En cuanto a la competencia residual, en principio, la interpretación constitucional apunta a beneficiar a los Estados, debido a que el numeral 11 del artículo 164, señala que es competencia de los Estados: *“Todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal”*; esto quiere decir, que todas las materias que no hayan sido asignadas expresamente tanto al ámbito nacional como al ámbito municipal, le corresponde a los Estados; sin embargo, al tratar de identificar aquellas materias que no encontraron cobertura constitucional y que en consecuencia se pudiera entender atribuidas a los estados, concluimos que son realmente mínimas para no decir inexistentes, a la par de la interpretación restrictiva que se la ha dado a esta disposición en el contexto de la regulación constitucional³² y la conducta centralista que mantiene y practica permanentemente el gobierno nacional.

Por otra parte, se observa la denominada competencia implícita, prevista en el numeral 33 del artículo 156 constitucional, y mediante la cual se le asigna al Poder Nacional *“Toda otra materia que la (...) Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza”*. Cabe señalar que las potestades atribuidas al Estado y a sus órganos o entes públicos, le son otorgadas en función de ser los encargados de tutelar los intereses públicos. De allí, la importancia de que estas potestades estén atribuidas expresamente, con transparencia y para brindar seguridad jurídica. Ahora bien, la regla de la competencia expresa, admite excepciones, y es allí donde surge la tesis de las “potestades implícitas o inherentes”, que consiste en una especie de asignación tácita de la competencia, ya que aun cuando la competencia no esté expresamente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistémica del orden jurídico, en función del contenido o materia de la competencia, siempre y cuando no esté asignada a un órgano específico. Esta fórmula adoptada por el constituyente termina por generar una tendencia interpretativa contraria a la descentralización, debido a que el nivel central aglutina esas competencias y liquida a la competencia residual que previamente se le había referenciado a los Estados.

III. SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICO TERRITORIAL

Entendiendo a la descentralización como el mecanismo de transferencia de competencias entre distintas personas jurídicas, y encontrándonos dentro de un Estado federal descentralizado, lo lógico es concebir unas entidades político-administrativas con sus atribuciones propias para ser desarrolladas y ejecutadas autónomamente, como es el

³² Una de las contradicciones se presenta en la parte *in fine* del numeral 12 del artículo 156 constitucional, donde se le atribuye una competencia residual al Poder Nacional, en materia tributaria.

caso de la República, los Estados y los Municipios; pero que deben tener permanentemente presente el mandato constitucional que invita a la transferencia de competencias entre los distintos niveles político-territoriales, desde la estructura del poder más lejana al ciudadano, hacia las entidades más cercanas a éstos. En consecuencia, resulta vital para la estabilidad del Estado de Derecho, y para la vigencia del sistema democrático, que se garantice la autonomía de los entes políticos territoriales y al mismo tiempo que se profundice la descentralización político administrativa, con lo cual se fortalece la democracia participativa³³.

Observamos que la Constitución venezolana, luego de establecer el reparto competencial originario entre sus distintos niveles político territoriales, permite su alteración sólo bajo la figura de la descentralización, en virtud de ser la fórmula de estado y de gobierno que adoptó en su diseño conceptual. Es por ello que los mecanismos descentralizadores que señala el texto fundamental deben ser interpretados de forma rígida y estricta, y es la razón por la cual la descentralización sólo puede ser desarrollada con base en la ley.

El propio texto constitucional de manera expresa define el objeto y la finalidad de la descentralización y delimita la forma como se puede adoptar la descentralización político-administrativa, dentro del esquema de la federación descentralizada venezolana³⁴. En primer lugar parte de la razón de ser del proceso descentralizador, determinando que consiste en una política nacional encaminada a profundizar la democracia, por medio de la estrategia de acercar el poder a la población, con el objeto de mejorar y perfeccionar la prestación eficaz y eficiente de los servicios públicos o los cometidos estadales en general. Con esta disposición inmediatamente se observa que el constituyente entendió que la forma más eficiente de cumplir con los fines del estado es otorgándole la potestad pública a la Administración más cercana al ciudadano o ciudadana para que se simplifique y facilite la prestación correspondiente y, al mismo tiempo, para que la persona tenga la posibilidad de relacionarse más fácilmente con la autoridad que le es más próxima, a los fines de recibir directa y personalmente el servicio, colaborar con ella en la ejecución de esa atribución o simplemente ejercer un control más eficiente sobre la prestación debida.

Lo anterior se deduce de la idea de proximidad del poder a la población, sin entender que a propósito de ese acercamiento se confundiría la población con el poder, ya que los órganos y entes que ejercen el Poder Público se conciben para servir a las personas y es por ello que detentan potestades legitimadas en función del servicio al interés general; mientras que la población es la receptora de esa actividad prestacional, debido a que precisamente es a la población a quien va dirigida la gestión pública³⁵. Lo anterior no es obstáculo para que excepcionalmente los ciudadanos puedan colaborar con los agentes del estado en determinados cometidos públicos y ejercer precisas actividades, como veremos más adelante; no obstante, no se trata de la regla general, ni de la concepción tradicional de la descentralización político administrativa a la que nos estamos refiriendo, que se presenta ordinariamente entre personas de derecho público.

³³ Vid. Artículo 16 CRBV.

³⁴ Vid. Artículos 16, 157, 158, 165 y 184 de la CRBV.

³⁵ Vid. Artículo 141 de la CRBV.

Ahora bien, en segundo lugar, el texto constitucional regula la forma de transmisión de atribuciones, servicios, recursos y responsabilidades; destacando que la descentralización se hará mediante ley desde la República hacia los Estados o Municipios (Artículo 157 CRBV); y desde los Estados hacia los Municipios (Artículo 165 CRBV)³⁶. Por último, se determina la posibilidad de transferencia de servicios gestionados por los Estados y Municipios hacia las comunidades y grupos vecinales organizados, previa demostración de la capacidad para asumirlos y prestarlos de forma eficiente (Artículo 184 CRBV); lo que no representa propiamente una descentralización, sino una forma de garantizar la participación ciudadana o cogestión en los asuntos públicos. Obsérvese que esta transmisión de competencias no se hará mediante ley, sino a través de un contrato o convenio, y podrá ser revertida en cualquier momento que se observe una prestación deficiente que atente en contra del interés general³⁷.

Pero lo importante a destacar es que la descentralización política, además de constituir un elemento indispensable en la definición del estado y en la forma de gobierno, es concebida como una política nacional estratégica para la consolidación del Estado de Derecho y del sistema democrático; sólo verificable mediante la transferencia de competencias desde la República a los Estados y Municipios, y desde los Estados a los Municipios, nunca a la inversa. Lo anterior también se desprende claramente de la norma constitucional referida al Consejo Federal de Gobierno³⁸, cuando destaca que se trata del órgano encargado de la 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; en donde se observa que teóricamente se creó un órgano nacional para que planificara y viabilizara ese proceso descentralizador vital para el sistema, desde la República hacia los Estados y Municipios.

En consecuencia, si la descentralización se constituye en la principal política nacional para consolidar el sistema democrático, la centralización está categóricamente reñida con el planteamiento constitucional, así como las conductas que entorpezcan la transmisión permanente de atribuciones desde el nivel central a la periferia del poder. En ese sentido, conceptos como la reversión de competencias, el rescate de competencias y la intervención de servicios u órganos, no deben ser parte de la agenda ordinaria del gobierno nacional; ya que si éste observa que los servicios no se están prestando de manera acorde o de forma eficiente por parte de la autoridad competente, debería desarrollar acciones de cooperación y colaboración a favor del respectivo órgano para ayudarlo a mejorar y garantizar la correspondiente prestación, con la finalidad de fortalecer la descentralización y cumplir a cabalidad con el texto constitucional.

1. *La descentralización y la democracia*

La relación sinérgica que aportan los artículos 4 y 6 del texto constitucional, determinan que el esquema federal del estado y la descentralización política, son fundamentales para consolidar y garantizar la democracia participativa a la que alude la propia carta magna. Y es en el comentado artículo 158 constitucional donde se termina de

³⁶ En concordancia con el artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM).

³⁷ *Vid.* Artículo 278 de la LOPPM.

³⁸ *Vid.* Artículo 185 CRBV.

visualizar la referida relación indispensable, cuando se determina que la democracia se profundiza acercando el poder a la población, a través de la descentralización, creando las mejores condiciones para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos del estado, con lo que se garantiza el ejercicio pleno de los mecanismos democráticos.

Efectivamente la noción de democracia impregna por completo los principios fundamentales que recoge el texto constitucional, determinando una ruta de acción muy clara para la gestión del interés general por parte de las autoridades públicas y un mensaje de gran contenido para los ciudadanos³⁹, mucho más cuando la principal novedad de la vigente constitución fue supuestamente diseñar una democracia de tipo participativo. Por su parte, la descentralización como propósito de la gestión gubernamental, fue profundamente incrustada como principio informador del texto constitucional, de tal forma que resulta imposible desconocerla sobre la base de la vigencia de la carta magna⁴⁰.

En consecuencia, la forma de propiciar el desarrollo efectivo de una democracia participativa, descentralizada, pluralista, alternativa, electiva y responsable es fortaleciendo las autonomías de los entes políticos territoriales, especialmente de los entes locales, respetándoles sus competencias, transfiriéndole otras que estén en capacidad de prestar, con sus respectivos recursos y, asegurando el ejercicio democrático y verdadero en sus estructuras de poder, con base en la participación ciudadana.

Recordemos que la democracia no se agota solo en eventos electorales, aunque resulten ser uno de los momentos estelares⁴¹; la noción de democracia supone un escenario más integral y trascendente, vinculada al concepto de soberanía⁴², según la cual los ciudadanos tienen derecho a participar activa y libremente en las decisiones de los asuntos públicos que le conciernen, como se establece en el artículo 62 de la CRBV, cuando señala que la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es un derecho por medio del cual se garantiza el desarrollo individual y colectivo de las personas.

En ese sentido, el Estado está en la obligación de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de ese derecho, que entre otras acciones sería facilitar el acceso a los centros de poder y a su vez, que estas estructuras cuenten con las condiciones físicas y financieras necesarias para atender las demandas ciudadanas. Como lo afirma el profesor Brewer-Carías: “...*la democracia participativa está indisolublemente ligada, no a la democracia directa, sino a la descentralización política y la municipal-*

³⁹ La noción de democracia se menciona específicamente en los siguientes artículos: 2 (tipo de estado), 3 (fines del estado), 5 (noción de soberanía) y 6 (definición del gobierno).

⁴⁰ “...se menciona el propósito de la descentralización en otros once artículos de la Constitución: 6, 16, 84, 157, 165, 184, 185, 269, 275, 294, 300.” (Manuel Rachadell, “La centralización del poder en el estado federal descentralizado. Descentralización y centralización del poder en Venezuela”, *Colección cuadernos del centenario del nacimiento de Manuel García Pelayo 1909/2009* N°10. Fundación Manuel García Pelayo. Caracas 2009, p. 40).

⁴¹ En el artículo 70 de la CRBV, se establecen una serie de medios de participación y protagonismos del pueblo en el ejercicio de su soberanía, en los aspectos políticos y socio económicos.

⁴² En el artículo 5 de la CRBV se define la noción de soberanía de la siguiente forma: “*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. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos*”.

zación, de manera que la misma no se puede materializar con solo propuestas de incorporación al régimen democrático, de instrumentos como referendos o las consultas o iniciativas populares... ”⁴³.

Por lo tanto, a través de la descentralización se puede contribuir a la democratización del Estado, siempre y cuando con ella se generen múltiples centros de poder, interpretando adecuadamente al pluralismo político, como el valor superior del ordenamiento jurídico que reconoce la Constitución; se garantice el acceso directo de las personas a esos pequeños centros de poder para participar libremente, recibir los servicios que prestan y controlar la gestión pública involucrada; y se asegure que esos órganos descentralizados cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para poder cumplir con las específicas atribuciones públicas que se traducirán en demandas ciudadanas.

Si lo anterior no se garantiza y por el contrario se concentra la toma de decisiones en el nivel nacional; se desconocen a las autoridades regionales y locales electas popularmente; si el poder central se impone y desconoce la pluralidad para lograr consensos; se establecen estructuras paralelas que dependen del poder central; se bloquea la dotación de recursos a las regiones y localidades; e impera la existencia de un partido político hegemónico que obstaculiza las gestiones periféricas autónomas; se atenta en contra de la descentralización como política de estado y se le propina un atentado certero al sistema democrático, que más tarde se reflejará en el retroceso del desarrollo de la nación y de su pueblo⁴⁴.

IV. MANIFESTACIONES DEL PODER PÚBLICO CONTRARIAS A LA FEDERACIÓN Y AL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN

Como se mencionara antes, en la última década de la vigencia de la Constitución de 1961 se desarrolló, aunque tarde, un interesante proceso de descentralización de competencias, estructuras y recursos, desde el Poder nacional hacia los estados y municipios, que pronto comenzó a arrojar resultados positivos y palpables para los ciudadanos, ya que se pudo observar a alcaldes, pero sobre todo a gobernadores gestionando asuntos públicos de forma autónoma y con eficiencia, como nunca se había visto antes. Por lo que resultaba lógico pensar que a partir del proceso constituyente de 1999 y con la vigencia de una nueva constitución, ese proceso no se detendría, pues todo lo contrario, debería tender a profundizarse la política descentralizadora y a fortalecer las autonomías regionales y locales; mucho más cuando el texto fundamental se estrenaba con la rúbrica de la federación descentralizada en la que se inscribía a la nación, al margen de aquellas normas que no le hacían el juego a tal enunciado de política nacional.

Lamentablemente no fue así, ya que desde la vigencia de la Constitución de 1999 no se ha desarrollado una política nacional de descentralización; en la práctica se han

⁴³ Brewer-Carías, Allan R. “Introducción general a las leyes del poder popular”, en *Leyes Orgánicas Sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*. Colección textos legislativos N° 50, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2011, p. 34.

⁴⁴ Delfino, María de los Ángeles. “La involución de la descentralización. Descentralización y centralización del poder en Venezuela”, *Colección cuadernos del centenario del nacimiento de Manuel García Pelayo 1909/2009* N° 10. Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2009, p. 12.

adoptado conductas centralistas por parte del gobierno nacional y sus agentes, alejadas de aquella instrucción constitucional de propender a la descentralización político territorial. Se observan acciones materiales o vías de hecho, por una parte, normas legislativas y reglamentarias por otra, todas contrarias al planteamiento constitucional y, lo que resulta más alarmante, en algunos casos con el acompañamiento de interpretaciones jurisdiccionales por parte del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, que sólo persiguen la concentración de poder alrededor del Poder Nacional, al margen de los preceptos constitucionales.

El propio órgano legislativo nacional ha incurrido en prácticas contrarias a la federación y a la descentralización, ya sea por acción o, incluso, por omisión. En lo que respecta a su actividad legislativa el parlamento nacional desde el año 2000 en adelante ha interpretado que los órganos pertenecientes al nivel estatal y al nivel municipal carecen de autonomía y por lo tanto se encuentran subordinados al Poder Nacional, con lo que se atenta en contra de la federación descentralizada; así se puede observar del contenido de una serie de leyes que ha sancionado durante estos últimos veinte años de vigencia de la Constitución⁴⁵.

Una visión centralista similar a la exhibida por el parlamento nacional, pero más autoritaria en su ejecutoria, ha mantenido y ejecutado el primer mandatario nacional desde la vigencia de la constitución hasta la actualidad; reforzando la idea errónea de subordinación que los gobernadores y alcaldes le deben al Despacho del Presidente de la República, criterio que además ha permeado en toda la Administración Pública en general. Quizá la formación militar del fallecido presidente Hugo Chávez Frías lo llevó a entender la estructura y el funcionamiento del estado de esa forma, obediente y subordinada, corriente que ha mantenido y continuado quien ejerce la presidencia en estos momentos; siendo –a todas luces– contraria a una sana y correcta interpretación constitucional. Es por ello que veremos seguidamente las manifestaciones que consideramos más relevantes para destacar esa conducta sistemática de desconocimiento de la organización federal del estado venezolano y de los principios fundamentales del texto constitucional que aún se mantiene vigente.

1. *Omisiones legislativas perjudiciales para la organización federal*

La Asamblea Nacional ha incurrido en omisión legislativa en determinadas circunstancias, esto quiere decir que ha retrasado o ha dejado de dictar leyes a las que estaba obligada por el expreso mandato constitucional, y con esa conducta negativa u omisiva también ha afectado considerablemente los intereses de la federación y por ende del proceso descentralizador. La principal omisión legislativa en la que ha incurrido, que incide sensiblemente en los ingresos de los estados, es la falta de cumplimiento del numeral 6 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, la cual ordena dictar

⁴⁵ Entre las leyes que se pueden destacar con esa visión de predominio del nivel central, están: i. La Reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público; ii. La Ley Orgánica de la Administración Pública; iii. La Ley de Licitaciones, que fuera sustituida por la Ley Contrataciones Públicas, iv. La Ley del Estatuto de la Función Pública; v. La Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, vi. La Ley de Aeronáutica Civil, vii. La Ley General de Puertos; viii. Ley del Consejo Federal de Gobierno; ix. La reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal; x. La Ley Orgánica de Bienes Públicos, entre muchas otras.

en el lapso de un año desde su vigencia, una Ley nacional que contribuyera con el desarrollo y fortalecimiento de la hacienda pública estatal, para ayudar a garantizar su autonomía y a cumplir con sus atribuciones propias. Esta falta representa el mayor atentado a la federación, ya que con ella ha dejado a los estados sin recursos propios y en una situación económica de absoluta dependencia del poder central.

En el año 2001 fue presentado un proyecto de Ley Orgánica de Hacienda Pública Estatal, elaborado por la Oficina de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional, resultando aprobado en primera discusión. Luego fue retomado y discutido en el año 2004, recibiendo un veto del presidente de la República, y desde entonces reposa en alguna oficina del parlamento esperando su aprobación definitiva. A través del referido proyecto normativo los estados pudieran obtener ingresos propios mediante el traspaso de varios impuestos que competen al gobierno nacional, sin perder los recursos que por vía de transferencia actualmente perciben los estados del nivel central.

Otra de las notables omisiones legislativas en la que ha incurrido el parlamento nacional desde la vigencia de la constitución de 1999, es la falta de sanción de la legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, a través de la que se definirían los principios, parámetros y limitaciones fiscales, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, según se señala en el numeral 13 del artículo 156 constitucional. Esta omisión legislativa fue advertida recientemente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su polémica sentencia N° 078 del 7 de julio de 2020⁴⁶, mediante la cual suspendió por 90 días la aplicación de todas las normas que consagran tasas y contribuciones de naturaleza tributaria dictada por los Estados y Municipios, sin discriminación alguna y sin que todas las entidades públicas afectadas hayan sido convocados a ese proceso, en virtud de la ausencia de la legislación armonizadora, y hasta tanto no se desarrollaren una mesa técnica para lograr acuerdos de armonización tributaria entre los distintos niveles de gobierno.

Por último, la ausencia de sanción de la legislación nacional relativa al régimen de las tierras baldías, cuyo vacío impide el ejercicio de la competencia para administrar las tierras baldías por parte de los Estados. Efectivamente la Disposición Transitoria Decimoprimer de la constitución condicionó la asunción estatal de dicha competencia hasta la promulgación de la ley nacional a la que se hace referencia, manteniendo la competencia el Poder Nacional mientras ese evento legislativo no se produzca.

2. *Atentado a la federación desde los elementos de las finanzas públicas*

Hemos adelantado antes que uno de los aspectos fundamentales para sostener la federación y garantizar la descentralización como principio y como política nacional, es asegurando que los Estados y Municipios cuenten con fuentes de financiamiento de recursos suficientes para cumplir con los cometidos públicos. Si no se garantizan los recursos resulta muy cuesta arriba lograr los objetivos que tienen asignadas las distintas entidades federales. Principalmente, por medio de los aspectos financieros es que el poder central ha minado la autonomía y la capacidad de gestión de los órganos y entes que desarrollan sus actividades en los ámbitos estatales y municipales. Desde muy

⁴⁶ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/309923-0078-7720-2020-19-0333.HTML>

temprano el ejecutivo nacional incurrió en retenciones de recursos o retardos en la entrega de éstos a los estados, provenientes del situado constitucional, del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) y de las asignaciones económicas especiales (LAEE), específicamente, a los estados y municipios que eran gobernados por personas de un partido político distinto al partido político hegemónico que representa el gobierno nacional. Lo que generó acciones judiciales ante los órganos jurisdiccionales del país sin resultados concretos.

A la sazón del nuevo diseño constitucional, en lo que respecta a la nueva regulación del situado constitucional que disminuye su alícuota para el cálculo de los aportes ordinarios dirigidos a los estados, a partir del año 2002 se disminuye a su vez –nuevamente– el situado constitucional que corresponde a estados y municipios sobre la base de la concepción de los ingresos ordinarios. Esta nueva modificación se produce a partir de la interpretación de la exclusión de la noción de ingresos ordinarios de las utilidades generadas por la actividad del Banco Central de Venezuela, considerando que se trata de ingresos extraordinarios y por lo tanto debían ser excluidos de la base de cálculo del situado constitucional. En igual sentido, a propósito de una similar interpretación se excluyeron los excedentes de beneficios de la industria petrolera, por encima de la estimación del precio del barril de petróleo que sirvió de base para la formulación de la ley de presupuesto anual, entendiéndose que se trataban de ingresos públicos extraordinarios, y por lo tanto excluidos de la base de cálculo del situado constitucional; desconociendo con esta interpretación que la fuente de ingresos es la misma y que su mayor rendimiento no cambia su naturaleza jurídica y en consecuencia, el tratamiento que se le debe dar a ella.

A la par de la disminución de las asignaciones que ordinariamente le correspondían a los Estados y Municipios, se fueron creando fondos nacionales paralelos que se alimentarían precisamente con los ingresos extraordinarios derivados de los diferenciales cambiarios y de los excedentes en la comercialización de hidrocarburos y otros recursos naturales; como por ejemplo el FONDESPA, derivado de la reforma a la Ley del Banco Central de Venezuela en 2005; o la creación del Fondo de Desarrollo Nacional, S.A.,⁴⁷ bajo la figura de una sociedad mercantil para generar un presupuesto paralelo de gastos, que no incidiera sobre el situado constitucional, por lo que dichos recursos por esta vía tampoco permean hacia los Estados y Municipios, resultando ser manejados además con escaso control público.

Adicionalmente, se reducen los fondos que nutrían de recursos a los Estados y Municipios, con el firme propósito de dirigir los recursos restados a los entes político-territoriales a los consejos comunales, como organismos dependientes del poder central. A partir de la reforma a la Ley del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), publicada en la Gaceta Oficial N° 5.805 de 22 de marzo de 2006, se disminuyen los aportes a los Estados (del 60% de los recursos se pasa al 42%) y de los municipios (del 40% se pasa al 28%), para destinar el 30% de la recaudación del IVA a los consejos comunales. Igualmente se reforma la Ley de Asignaciones Económicas Especiales (LAEE), publicada en la Gaceta Oficial N° 38.408 de 29 de marzo de 2006; disminuyéndose los recursos de los niveles de gobierno para destinar recursos a los conse-

⁴⁷ Ver Gaceta Oficial N° 38.261 del 30 de agosto de 2005.

jos comunales. Quedando de la siguiente forma: Estados en 45%, Municipios en 30% y consejos comunales 25%. Para más tarde ser ambas leyes derogadas definitivamente y suprimidos dichos fondos⁴⁸. En consecuencia, a partir de la vigencia de la Ley del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento, se trastoca mucho más el sistema federal a propósito del tratamiento del manejo de los recursos extraordinarios, a través del Fondo de Compensación Interterritorial (FCI).

Luego de la derogatoria legislativa de los fondos constitucionales antes comentados (FIDES, LAEE), las fuentes de financiamiento de los Estados y Municipios se han reducido considerablemente; solo les queda de forma precaria el situado constitucional y los recursos provenientes del FCI. En cuanto al situado constitucional la merma es verdaderamente dramática, ya que además de la hiperinflación que azota al país, los lineamientos que ha implementado la Oficina Nacional de Presupuesto (ONAPRE) para el cálculo, estimación y envío del situado lo han desnaturalizado, al circunscribirlo sólo a los gastos de personal y beneficios socio-económicos de sus funcionarios y trabajadores (estructurado en la denominada maqueta), sin considerar otros gastos de funcionamiento ordinario y normales de las instituciones, afectando además la gestión pública de los gobiernos estatales y locales.

El FCI se encontraba previsto en el texto constitucional desde su vigencia, pero fue realmente constituido y puesto en marcha a partir de la vigencia de la Ley del Consejo Federal de Gobierno en el año 2010, y su Reglamento. Este nuevo fondo de financiamiento estatal sustituyó los financiamientos que se obtenían por el FIDES y la LAEE, a nuestro entender, sin ser necesario y en todo caso de forma inconstitucional, debido a que podían subsistir varios fondos de financiamiento como lo permite y lo promueve la disposición contenida en el numeral 13 del artículo 156 al referirse a los fondos en plural, sin otorgarle exclusividad al FCI; es más, sería la forma de garantizar la organización federal descentralizada en el país. En ese mismo orden de ideas, el artículo 167.6 constitucional tampoco limita la fuente de financiamiento de los estados sólo a los recursos provenientes del FCI, sino que igualmente considera otras transferencias, subvenciones o asignaciones especiales, y lo que le corresponda a los Estados por su participación en los tributos nacionales. Pueden y deben ser varias las fuentes de financiamiento de los entes político territoriales para cumplir con el interés general, y en esa dirección debe ir encaminada la acción del poder central para garantizar el desarrollo pleno de la democracia.

Lo cierto es que la regulación y funcionamiento del FCI, a diferencia de los fondos anteriores, no generan garantías para la federación, como era su propósito, ya que este fondo no tiene asignada por ley ninguna fuente concreta de recursos que lo alimente, ni se establecen porcentajes específicos para ser destinados a Estados y Municipios, ni siquiera se define la forma o periodicidad de entrega de esos recursos; quedando a la discrecionalidad del Consejo Federal de Gobierno la definición de los parámetros y la decisión del otorgamiento de recursos, basados, en muchos casos, en criterios de índole político partidista.

⁴⁸ Ver Gaceta Oficial N° 39.394 de 25 de marzo de 2010.

3. *Sobre el paralelismo estructural y orgánico superpuesto a la federación*

Además de los aspectos financieros el gobierno nacional ha desarrollado prácticas contrarias al mantenimiento de la forma del estado federal y la descentralización política territorial, diseñada en el texto constitucional, al avanzar en la creación de estructuras y órganos paralelos a la arquitectura normal y ordinaria del estado federal venezolano, con la particularidad de que todas las nóveles estructuras pasan a depender de la Presidencia de la República, reafirmando el corte centralista de las medidas. De ese elenco de estructuras puestas en funcionamiento, nos referiremos a las misiones, los consejos comunales y los protectores, por considerarla más relevantes por su influencia en el acontecer diario. Aunque esta historia comenzó en el año 2000 con la implementación del denominado Plan Bolívar 2000, que suponía la integración de actores públicos, integrantes de los componentes de la Fuerza Armada Nacional y la población, en la ejecución de determinadas acciones en beneficio de las comunidades, no obstante muy pronto tuvo que ser eliminado por su rotundo fracaso y las recurrentes denuncias de hechos irregulares en el manejo de los fondos públicos.

A. *Las misiones como instrumento de gestión pública*

Aparece en escena la figura de las denominadas “Misiones”, que consistía en programas de acción social y político desarrollados por el gobierno nacional, sin poseer cobertura en el ordenamiento jurídico venezolano, pero que definitivamente desarrollaban, y aun desarrollan, una gestión pública que pudo ser perfectamente encomendado a las diferentes estructuras del estado; tal accionar generó igualmente las críticas públicas porque se entendían que a través de esa figura se desarrollaba una acción político partidista con recursos públicos y sin ningún tipo de control. Los servicios que atienden las misiones son realmente variados pueden ir desde un servicios público a una actividad de gestión económica; ejemplo de las misiones se pueden citar: i. Misión Barrio Adentro, para acercar la asistencia sanitaria primaria a las comunidades; ii. Misión milagro, que consistía en la atención oftalmológica y óptica de las personas; iii. Misión identidad, que consistía en la celebración de jornadas de cedulaación y otros documentos de identidad de las personas; y iv. La Gran Misión Vivienda Venezuela, encargada de construir y adjudicar viviendas de intereses social a las personas necesitadas, entre otras.

Es por ello que en la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública, por vía de decreto ley (DLOAP) se legisló y se incorporó dentro de la estructura del Estado, sin una definición clara de su sentido y naturaleza jurídica, a las Misiones. A partir de ese momento, de conformidad con el artículo 15, en concordancia con lo establecido en el artículo 131, ambos del DLOAP, además de los órganos y entes que integran la Administración Pública, el presidente de la República podrá crear una organicidad denominada misiones, las cuales estarán destinadas a atender y a satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población⁴⁹.

⁴⁹ Posteriormente fue dictado el Decreto con Rango, Valor o Fuerza de Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro Misiones, publicado en la G.O. N° 6.154, del 19 de noviembre de 2014, para forzar la figura organizativa y con lo que igualmente se desconoce la organización federal venezolana.

Según la exposición de motivos del DLOAP, la figura de las misiones surgió como una gran novedad legislativa, y consiste en la formación de un “...organismo de ejecución de políticas públicas, obteniendo niveles óptimos de cumplimiento de los programas y proyectos asignados, y se conciben dentro del proyecto, como aquéllas destinadas a atender a la satisfacción de las necesidades fundamentales y urgentes de la población, que pueden ser creadas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, cuando circunstancias especiales lo ameriten”.

No obstante la anterior concepción legislativa, consideramos que las misiones no deben ser consideradas una nueva estructura orgánica de la Administración Pública (paralela a los órganos o entes tradicionales); realmente consisten en un conjunto de políticas públicas (acciones, actividades o gestiones) encaminadas a garantizarle a los ciudadanos el disfrute de sus derechos sociales o prestacionales, integrando en algunos casos la participación ciudadana; y que en el plano orgánico adoptará la forma jurídica que determine el acto de creación, dentro de las opciones que ofrece el ordenamiento jurídico tradicional, bien sea a través de la vía de la desconcentración administrativa o de un proceso de descentralización funcional. En concreto, tales actividades o misiones deben ser ejecutadas por los órganos y entes competentes para desarrollar la actividad que corresponda, sin necesidad de inventarse una nueva estructura u organicidad para tal fin⁵⁰.

B. *Los Consejos Comunales como nuevos y determinantes actores dentro de la estructura del estado*

En el tema de la organización administrativa y la estructura del estado, merece una particular consideración la figura de los Consejos Comunales en la Venezuela de hoy. Conceptualmente se ha definido a los Consejos Comunales, como instancias de participación, articulación e integración entre los ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica, permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción del nuevo modelo de sociedad que el gobierno ha definido como sociedad socialista. Se trata en concreto de una organización de personas de la sociedad civil, pero a la que se le está otorgando tratamiento de órgano público.

Estas figuras fueron creadas originalmente como un órgano o instancia de participación en el ámbito municipal, reguladas a través de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la G.O. N° 38.327 del 2 de diciembre de 2005; sin embargo, inmediatamente fueron suprimidos de dicha ley, por medio de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal⁵¹, cambiando su concepción municipal para convertirlo en una instancia que depende del control directo del Poder Ejecutivo Nacional, a través de una nueva regulación en la Ley de los Consejos Comunales⁵².

⁵⁰ Sobre el tema de las misiones, se recomienda consultar el trabajo de Zambrano M., Paula E., *Las misiones en la organización administrativa venezolana*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2011.

⁵¹ Publicada en la G.O. N° 5.806 del 10 de abril de 2006.

⁵² Publicada originalmente en la G.O. N° 5.806 del 10 de abril de 2006, posteriormente reformada y publicada en la G.O. N° 39.335 del 28 de diciembre de 2009.

Por otra parte, en lo que respecta a su naturaleza jurídica como persona, existían y existen algunas dudas a la hora de ubicarlos dentro de la estructura del estado, no obstante la jurisprudencia al realizar el análisis respectivo, definió como posición jurídica, que los Consejos Comunales son entes públicos descentralizados en virtud de la interpretación del numeral 6 del artículo 184 constitucional y el artículo 2 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, toda vez que constituyen instancias de participación entre los ciudadanos y las diferentes organizaciones sociales, que permiten ejercer diversas gestiones de políticas públicas y asistir las necesidades de las comunidades⁵³. Somos de la tesis que en todo caso se trata de entes semi-públicos, que reciben fondos públicos para desarrollar gestión pública prestacional, pero sus integrantes son personas naturales de carácter privado, integrante de las comunidades, en ejercicio del derecho a la participación ciudadana, por lo que no se convierten en funcionarios públicos.

Lo cierto es que se trata de una estructura pública dependiente del Poder Nacional, manejada con criterios de hegemonía y filosofía política partidista, disfrazada bajo el ropaje de la participación ciudadana comunitaria y la cogestión en los asuntos públicos, que se impuso en el acontecer diario con una doble finalidad: i. Para arropar y hacer desaparecer verdaderas y efectivas organizaciones de la sociedad civil reconocidas legislativamente, como eran por ejemplo las asociaciones de vecinos, entre otras; y ii. Por otra parte, ir restando competencias a los órganos del gobierno local que tienen asignada su competencia por la constitución y la ley; y todo esto bajo el control total del nivel central de gobierno⁵⁴.

C. *La irrupción de los protectores como agentes interventores del gobierno nacional*

Por último, el gobierno nacional ha desarrollado una política sistemática de desconocimiento de las autoridades estatales y municipales legítimamente electas en los respectivos procesos electorales, cuando no resultan ser del partido político hegemónico del gobierno nacional. Este desconocimiento se lleva a cabo a través de la designación de estructuras y personas paralelas con el nombre de “protector”, en las entidades político territoriales gobernadas por personas de otro partido político contrario al del gobierno nacional. A estas personas que usurpan la respectiva autoridad legítima, encomendadas por el poder central, se les asignan recursos y funciones –al margen del principio de legalidad y competencia– para que desarrollen políticas públicas, solapando las competencias de los gobernadores o alcaldes de las entidades “protegidas”.

⁵³ Sentencia N° 2011-0257 de fecha 28/02/2011 de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/FEBRERO/1478-28-AP42-G-2010-000088-2011-0257.HTML> consultada el 8 de mayo de 2018.

⁵⁴ Compartimos la afirmación del profesor Armando Rodríguez, cuando señala: “...la ruta que bosqueja en la Venezuela actual el régimen normativo de los Consejos Comunales y la clara tendencia de su empleo con fines partidistas apunta más a rememorar una estructura de poder imperial, con geometría vertical y estructura centralista y totalitaria, que la vigencia de un escenario pluralista, con multiplicidad de centros de decisión política y ambientes de participación”. (Armando Rodríguez García, “Participación ciudadana, institucionalidad local y Consejos Comunales en Venezuela”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 129, Caracas, 2007, p. 162).

Cabe destacar que la figura del protector no existe literalmente en el ordenamiento jurídico venezolano, ni en la constitución, ni en la ley. En la historia podemos encontrar ejemplos de protectorados como formas de tutelajes de territorios o de personas, pero siempre en situaciones donde se pretende ejercer un poder ilegítimo o autoritario sobre un objeto o una persona, que carece de autoridad legítima, debido a que si la tutela tuviera cobertura legal no sería necesaria la creación o designación de estas figuras paralelas, sino que simplemente se desarrollaría el ejercicio de las competencias por la vía de los canales regulares establecidos en el ordenamiento jurídico.

Es importante reiterar que según la Constitución vigente, los estados son entidades autónomas con personalidad jurídica propia y plena, cuyo gobierno y administración le corresponde exclusivamente a un funcionario de elección popular denominado gobernador, quien es el jefe del ejecutivo estatal (ver artículos 159 y 160 CRBV). Atrás quedó la figura del gobernador como agente del ejecutivo nacional, en los términos del artículo 21 de la Constitución de 1961 (derogada). Lo que supone constitucionalmente que el Ejecutivo Nacional debe respetar y contribuir a fortalecer la autonomía de los estados.

Esta figura irregular del protector se trata de un agente político que el gobierno nacional emplea para intervenir y entorpecer la gestión del gobernante estatal que resultó electo pero que no milita en el partido político del gobierno nacional, con lo que vulnera abiertamente la autonomía del respectivo ente político territorial y atenta en contra de la federación. Resulta tan irregular e inconstitucional la figura del protectorado, que las designaciones de protectores no se formalizan como tal, en algún decreto u otro acto jurídico formal de nombramiento; en algunas circunstancias se busca designarlos en órganos o entes de otra índole para otorgarle algún piso jurídico. En la actualidad el gobierno ha optado por crear sociedades mercantiles estatales o empresas del estado nacional, denominadas Corporaciones de Desarrollo⁵⁵, para colocar al protector en la presidencia o conducción de esa empresa pública nacional, y con ella solapar las competencias estatales y municipales; por lo que además de ilegal, se convierte en ilegítima la medida de creación de esa empresa, que pretende sustituir a los Estados y Municipios en la ejecución de sus propias y originarias competencias.

4. *Proyecto de reforma de la Constitución de 2007*

Luego de haber sido reelecto para un segundo periodo constitucional en el año 2007, el presidente de la República Hugo Chávez presenta un proyecto de reforma constitucional ante el parlamento nacional, para que se aumentara el periodo presidencial, se estableciera la posibilidad de reelegirse en el cargo de forma consecutiva e indefinida⁵⁶, y para terminar de implantar un régimen socialista en el país, con un nuevo esquema de estructuración del Poder Público.

En el anteproyecto de reforma constitucional el Presidente de la República proponía la modificación de 33 artículos de la carta magna, que luego fueron ampliados ofi-

⁵⁵ Ver Gaceta Oficial N° 41.739 de 16 de octubre de 2019.

⁵⁶ Recordemos que el artículo 230 de la CRBV establecía que: “El periodo presidencial es de seis años. El presidente o presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, ara un nuevo periodo”.

ciosamente por el propio órgano legislativo nacional en 36 artículos más. En dicho proyecto se alteraba desde los principios fundamentales hasta la estructura del Poder Público que consagra la constitución, por lo que el procedimiento de reforma constitucional no era ni siquiera el adecuado para modificar tales principios y estructura, en todo caso se debía acudir a una Asamblea Nacional Constituyente para tal fin. Realmente no se trataba de una simple reforma constitucional, con ella lo que se pretendía era una reforma integral y profunda del estado venezolano.

Sin embargo, el parlamento no reparó en los aspectos procedimentales y avanzó en la aprobación del referido proyecto constitucional donde se consagraba un nuevo estado “socialista” de corte centralista, personalista y autoritario, en el que se planteaban una serie de reformas encaminadas a eliminar los avances de la federación descentralizada que dibujó la constitución vigente, a través de la formulación de una nueva “geometría del poder” y la implantación del Estado Comunal basado en el supuesto legitimador del denominado Poder Popular, y en una serie de nuevas estructuras territoriales paralelas a los estados y municipios, dependientes del poder central.

El referido proyecto de reforma de la constitución fue sometido a un referendo popular el 2 de diciembre de 2007, en donde la reforma recibió un contundente rechazado por el voto popular de la mayoría de los ciudadanos que acudieron a manifestar su voluntad en tan significativo acto⁵⁷.

5. *Actuaciones posteriores a la fallida reforma constitucional*

Definitivamente la población comprendió que el proyecto de reforma constitucional que se le estaba vendiendo, lejos de ofrecerle ventajas, suponía un cambio negativo transcendental para los intereses de la nación, y por supuesto, para la paz y la prosperidad de las personas. Por su parte, los agentes del gobierno nacional no se conformaron con esa contundente derrota en el referendo popular e igualmente avanzaron en el camino opuesto a la República federal, descentralizada y democrática que dibuja la constitución vigente, desarrollando una serie de conductas a través de las cuales impusieron parte del contenido de la rechaza reforma constitucional, como veremos seguidamente en el análisis de algunos casos emblemáticos.

A. *El caso de las policías estatales y municipales*

A través del Decreto presidencial N° 5.814 de 14 de enero de 2008, se decidió la intervención de la Policía Metropolitana, por lo que su dirección, administración y funcionamiento se le suprimía a la Alcaldía Metropolitana de Caracas y se pasaba directamente al control del Ministerio para las Relaciones Interiores y Justicia, violando de

⁵⁷ Un grupo de personas intentó una acción jurisdiccional de nulidad por inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en contra de la sancionada reforma constitucional por parte de la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007 y en contra de la Resolución N° 071102-2862, del Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se convocó a la realización de un referendo aprobatorio de la reforma constitucional para el 2 de diciembre de 2007. Acción que fue decidida por sentencia N° 2204 de la Sala Constitucional de 27 de noviembre de 2007, mediante la cual la declara improponible. Sin embargo resulta interesante consultar uno de los votos salvados sostenido por el magistrado Pedro Rondo Haaz, quien señala de manera clara que de aprobarse esa reforma constitucional se acabaría con el Estado de Derecho en Venezuela. (Vigilanza García, Adriana. “Descentralización política y las leyes del poder popular”, *Ob. cit.*,... p. 483).

esta forma, no sólo la política nacional de descentralización, sino de forma expresa una ley constitucional, esta es, la Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, que había sido dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en el año 2000, luego de aprobada la nueva Constitución nacional.

Pero posteriormente se dicta el Decreto N° 5.895 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, publicado en la G.O. N° 5.880 extraordinario, basado en una ley habilitante. A través de este instrumento normativo se someten los servicios de policía que prestan los Estados y los Municipios, por expresa asignación competencial de la constitución, a la jerarquía del órgano rector nacional, el cual puede intervenirlos sin justificación y discrecionalmente, cuando lo decida el Ejecutivo Nacional.

Las referidas intervenciones a las policías estatales y municipales no se hicieron esperar, sobre todo en los casos de entidades geográficas donde el gobernante no es afecto a la corriente política o ideológica del Ejecutivo Nacional. Como efectivamente ha ocurrido en los últimos años con los Cuerpos de Policía de los Estados Anzoátegui, Mérida, Nueva Esparta y Táchira, gobernados por miembros de partidos políticos distintos al partido hegemónico que controla el gobierno nacional. Mediante sendas resoluciones emanadas del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, y publicadas en la Gaceta Oficial N° 41.259, de 18 de octubre de 2017 (a sólo 3 días después de las elecciones a gobernadores de estado), se ordenó la intervención de los Cuerpos de Policía de cada uno de los mencionados estados, por la presunta participación masiva y continuada de sus funcionarios en violación de Derechos Humanos, en redes delictivas o actividades que atenten contra el orden constitucional. Estas intervenciones se vienen prorrogando desde entonces cada 90 días, por lo que se mantienen intervenidos los cuerpos policiales estatales.

B. *La materia relativa a las carreteras, puertos y aeropuertos*

Mediante Resolución conjunta N° 5.273 de 15 de enero de 2008, de los Ministerios para la Defensa y para la Infraestructura, se procedió a ejecutar una orden verbal del presidente de la República, que conminaba a la eliminación de los peajes de las vías de comunicación terrestre, sin tomar en cuenta que a partir de la vigencia de la constitución de 1999 esa atribución se constituyó en una competencia originaria y exclusiva de los estados, de conformidad con lo establecido en el artículo 164 numeral 10 constitucional, que señala expresamente: “la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales...”.

El caso más alarmante se presentó a través de la sentencia N° 565 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 15 de abril de 2008 y publicada en la Gaceta Oficial N° 38.925 del 7 de mayo del mismo año⁵⁸, que resolvió un recurso de interpretación constitucional sobre el artículo 164 numeral 10 del texto constitucional, intentado por la Procuraduría General de la República. Como ya lo mencionamos antes, en aquella disposición constitucional se le asigna competencias exclusivas a los estados, en materia de: “...*conservación, administración y aprovechamiento de carrete-*

⁵⁸ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/565-150408-07-1108.HTM> consultada el 25 de mayo de 2018.

ras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional”. Sin embargo, en la citada sentencia la Sala Constitucional del máximo tribunal, modifica el contenido de dicha norma constitucional a través de su interpretación, determinando en consecuencia que la supuesta competencia exclusiva, no es tal, sino que se trata de una competencia concurrente, debido a que en virtud de que esas competencias deben ejecutarse en coordinación con el Ejecutivo Nacional, puede éste en ejercicio de tal potestad de coordinación asumir directamente tal competencia, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad, ya que por el carácter obligatorio en la prestación de ese servicio, no puede el Estado permitir el cese funcional en la prestación del mismo. Adicionalmente, como dicha competencia fue transferida por vía de descentralización antes de la constitución de 1999, podía ser revertida al Poder Nacional, eliminando cualquier competencia o participación de los Estados en esas áreas⁵⁹.

Tal pronunciamiento jurisdiccional produjo un atentado profundo a la concepción federal descentralizada que propugna la constitución. Adicionalmente en dicho fallo se hace un exhorto al órgano legislativo nacional para se revisen la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, la Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, a los fines de su adecuación al contenido de la reciente interpretación constitucional.

Inmediatamente la Asamblea Nacional acató el mandato proferido en la citada sentencia y procedió a reformar la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público⁶⁰, la Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, para permitirle al Ejecutivo Nacional revertir las competencias transferidas a los estados en el proceso de descentralización pasado, sin obedecer el contenido del texto constitucional que ya había generado competencias originarias y exclusivas a favor de las entidades federales⁶¹.

⁵⁹ A través de esta sentencia la Sala Constitucional contradice su propia doctrina que había sentado en la sentencia N° 78 de 30 de enero de 2001, con ponencia del magistrado Antonio García García, al resolver una acción de nulidad en contra de la Ley de Régimen, Administración y Aprovechamiento de Salinas y sus Productos del Estado Sucre, declarando que: “la competencia de los Estados, en materia de salinas, ya no constituye una competencia atribuida por vía legal y por delegación del Poder Nacional, sino por el contrario, una competencia natural y exclusiva, derivada de la promulgación del nuevo texto constitucional.”

⁶⁰ Esta reforma ha sido catalogada acertadamente por la doctrina como la reversión del proceso de descentralización en Venezuela. Ver Álvarez, Tulio. “Reversión del proceso de descentralización y muerte del federalismo en Venezuela”, en *Leyes sobre el Distrito Capital y del Área Metropolitana de Caracas*, Colección textos legislativos N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, p. 162.

⁶¹ En palabras del profesor Sánchez Falcón: “...estamos en presencia de una inconstitucional ablación de competencias estatales y una manifiesta monopolización del poder por el centro, que obstaculiza e impide hacer real y concreto el Estado Federal cooperativo y descentralizado prefigurado en nuestra Constitución”. (Sánchez Falcón, Enrique J. “La Ley especial sobre la organización y régimen del Distrito Capital y la subversión gubernamental contra el federalismo y la descentralización”, en *Leyes sobre el Distrito Capital y del Área Metropolitana de Caracas*, Colección textos legislativos N° 45, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, p. 114).

C. *El paquete de regalo del verano de 2008 por parte del gobierno nacional*

Otro hecho jurídico ocurrido en el país de profunda relevancia para el tema que nos ocupa fue la promulgación de 27 decretos leyes por parte del presidente de la República, anunciados en la Gaceta Oficial ordinaria del 31 de agosto de 2008, esto es, el último día de vigencia de la ley habilitante que le servía de cobertura. Dentro de este paquete (así se le conoce de forma coloquial) se encuentran muchas disposiciones normativas que ya habían sido rechazadas popularmente en el proyecto de reforma constitucional sometido a referendo. No obstante las críticas y en algunos casos, las acciones de inconstitucionalidad intentadas en contra de ellas, las normas se impusieron, por lo que muchas de ellas aún permanecen vigentes o determinaron el curso normativo de alguna de las materias que regularon.

De todas ellas comentaremos a título de ejemplo sólo el Decreto Con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (DLOAP) que toca estrictamente y de manera específica el tema de la federación y su contrapartida, la centralización, que ocupa nuestro análisis en este trabajo.

Con la reforma al DLOAP se avanza definitivamente hacia al centralismo y se condena la noción de autonomía del esquema estructural del estado, afectando a los entes políticos territoriales en cuanto a su fortalecimiento jurídico e institucional. Comienza el decreto ley por incluir dentro de su ámbito de aplicación de forma directa y obligatoria a los Estados, Municipios y Distritos Metropolitanos, siendo que antes de esa reforma esta ley se aplicaba con carácter supletorio para las mencionadas entidades, respetando su autonomía normativa.

En ella se le otorga reconocimiento legal a las misiones y se le reconoce a los consejos comunales la potestad para asumir la prestación de servicios que originalmente corresponden a la competencia de los Municipios. Se introduce la centralizadora figura de las Autoridades Regionales, que serán designadas por el Presidente de la República, y que actuarán con base en los lineamientos de la Comisión Central de Planificación, para cumplir funciones de planificación, ejecución, seguimiento y control de las políticas, planes y proyectos de ordenación y desarrollo del territorio, en una región determinada. Nos preguntamos entonces y dónde quedan los gobernadores o los alcaldes, en el desarrollo de todas las actividades descritas en el territorio del Estado que le corresponde gobernar y administrar.

D. *Referencia a las leyes del poder popular*

No obstante, la desaprobación del proyecto de reforma en referendo popular, el Presidente de la República volvió a insistir en validar el contenido de la misma, pero ahora por vía legislativa, desobedeciendo éticamente, no solo al mandato popular de rechazo expresado en las mesas electorales, sino también al contenido del artículo 345 de la propia constitución, que señala lo siguiente: “*La iniciativa de reforma constitucional que no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional...*”. A través de la promulgación de una serie de leyes, que contradice el texto constitucional, se incorporaron al ordenamiento jurídico venezolano parte del objeto de la reprobada reforma constitucional.

Efectivamente, en el año 2009 se promulga la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.335 del 28 de diciembre de 2009; y a finales del año 2010, se terminan de dictar las siguientes leyes que permiten otorgarle base legal al Estado Comunal basado en un supuesto Poder Popular, que solapa el régimen de los Estados y Municipios, debilitando sin dudas a la federación; estas disposiciones legislativas son las siguientes: i. La Ley Orgánica del Poder Popular, ii. Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, iii. Ley Orgánica de las Comunas; iv. Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal; y v. La Ley de Contraloría Social; todas publicadas en la misma Gaceta Oficial N° 6.011 extraordinario, de 21 de diciembre de 2010⁶².

Más tarde, se promulga el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones, publicada en la G.O. N° 39.954 de 28 de junio de 2012, mediante el cual se determinaron los principios, normas, procedimientos y mecanismos para la transferencia de la gestión y administración de servicios, actividades, bienes y recursos, de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional y de las entidades político territoriales, al pueblo organizado, que se asumirá mediante la gestión de empresas comunales de propiedad social de servicios y socioproductivas⁶³. Con ello se viola la norma constitucional expresa que describe los mecanismos de descentralización permitidos por la vigente constitución, los cuales no admiten la transferencia de competencias del nivel central a las comunidades.

Resulta conveniente remarcar en este punto que el empleo demagógico del término Poder Popular, como se utiliza en todas las normas anteriores, no favorece a la democracia participativa, ni a la descentralización, debido a que todas esas estructuras creadas en las mencionadas leyes se encuentran regidas por normas dictadas por el Poder Nacional, se organizan para ser dependientes y controladas por el gobierno nacional y asociadas a la filosofía y el programa del partido político hegemónico que conduce el gobierno nacional, encaminados a construir el estado socialista, con lo que se elimina el necesario pluralismo político que resulta ser garantía de la democracia y en definitiva del Estado de Derecho.

V. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 2017 COMO RIESGO INMINENTE FRENTE AL DISEÑO FEDERAL DEL ESTADO VENEZOLANO

En el mes de agosto de 2017 fue instalada, de forma irregular y contraria al texto constitucional, una Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela, integrada sólo con

⁶² La Editorial Jurídica Venezolana editó y publicó un libro colectivo denominado *Leyes Orgánicas Sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, en su *Colección Textos Legislativos N° 50*, Caracas 2011; donde se hace un estudio crítico y concienzudo sobre cada una de estas leyes y sus consecuencias para el Estado Democrático de Derecho venezolano

⁶³ Se entiende por *empresa de propiedad social directa comunal*, a la unidad socioproductiva constituida por las instancias del denominado Poder Popular (sin base jurídico-constitucional) en sus respectivos ámbitos geográficos, destinada al beneficio de los productores que la integran, de la colectividad a las que corresponden y al desarrollo social integral del país, a través de la reinversión social de sus excedentes. La gestión y administración de las empresas de propiedad social comunal directa es ejercida por la organización social que la constituya. Todo este tejido empresarial depende del poder central. Ver artículo 10 de la *Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal*.

seguidores del partido político del gobierno nacional, con el objeto de inhibir las competencias de la Asamblea Nacional, cuyos diputados habían resultado electos en los comicios de diciembre de 2015, y donde los partidos políticos opositores al régimen del gobierno nacional habían obtenido mayoría calificada en parlamento; y, por supuesto, con el fin último, de aprobar una nueva constitución que modificara el estado venezolano, como ya se había intentado infructuosamente a través de la reforma constitucional de 2007.

Esta Asamblea Nacional Constituyente, con el argumento ilegítimo de su mal entendida supra constitucionalidad se ha dedicado a dictar leyes y otros actos de variados tipos, denominados constituyentes o constitucionales, que han incidido en el normal desenvolvimiento del sistema democrático y en la afectación de la seguridad jurídica en general. Ha dictado leyes y reformado otras, por ejemplo dictó la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, que incide sobre las contrataciones públicas en el país, y dictó el nuevo Código Orgánico Tributario, entre otras tantas normas.

No obstante la labor legislativa exhibida, de la labor sobre la redacción ni de la discusión sobre el nuevo texto constitucional, se tiene conocimiento en la opinión pública, desde su instalación hasta la fecha (más de 3 años de funcionamiento). La Asamblea Nacional Constituyente no ha presentado un capítulo, ni siquiera un artículo, del proyecto del nuevo texto constitucional para lo que fue creada.

Sin embargo, aun cuando hasta la fecha no se conoce, ni se ha debatido el proyecto de constitución que se discute, ni los artículos aprobados, manifestamos nuestro fundado temor⁶⁴ de que el texto de la nueva constitución pueda estar ya elaborado con base en las premisas fundamentales que constituyeron el proyecto de reforma constitucional rechazado en 2007, pudiendo ser sancionado como la nueva constitución en las próximas semanas y sometido a referendo aprobatorio dentro del contexto de las elecciones parlamentarias que se tienen previstas celebrar para el próximo 6 de diciembre de 2020; teniendo los constituyentista asegurada la aprobación, sea cual fuere su contenido, en virtud de que la mayoría de los factores políticos de la oposición decidieron no acudir a ese proceso de votación por considerarlo ilegítimo. Todo esto resultaría muy lamentable, ya que una evidente minoría de la población venezolana decidirá el rumbo incierto o el destino del país.

VI. REFLEXIONES FINALES

La Constitución venezolana resulta muy clara al afirmar que los Estados son entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena, y sometido al ordenamiento jurídico; siendo su gobierno y administración ejercido por un gobernador, quien es electo democráticamente a través del voto libre, universal, directo y secreto de los electores. Mientras que la función legislativa en cada estado será ejercida por un Consejo Legislativo Estadal, que tendrá la función de legislar sobre las materias cuya competencia le ha sido atribuida constitucionalmente.

⁶⁴ El Presidente de la República en cadena nacional manifestó expresamente que la Asamblea Nacional Constituyente cesaría en sus funciones a partir del mes de diciembre de 2020.

Por su parte, la Administración local en Venezuela, encuentra como principal manifestación a los Municipios, que constituyen 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.

Ambos, Estados y Municipios, conjuntamente con la República, constituyen los tres niveles político-territoriales en los que se organiza federativo, autónomo y descentralizadamente el Estado venezolano, conforme a la constitución. Pensar o actuar fuera de este esquema claro y rígido sería colocarse al margen del texto constitucional.

Ahora bien, la descentralización o forma de transferencia de competencias que determina la constitución es desde la República a los Estados o Municipios; desde los Estados a los Municipios y comunidades organizadas; y desde los Municipios a las comunidades organizadas que demuestren capacidad para cumplir con el específico cometido público. Bajo esta premisa resulta muy fácil cumplir con el ordenamiento jurídico, en consecuencia no se justifica interpretaciones contrarias o conductas desviadas de esta política nacional.

En conclusión, la primera y fundamental invitación que se formula es a interpretar adecuadamente la Constitución y a cumplirla con base en sus principios y valores orientadores.

En ese sentido se debe desarrollar una verdadera política nacional de descentralización, fortaleciendo las autonomías regionales y municipales y asegurando los recursos económicos y financieros necesarios para garantizar esa política de gestión, que contribuirá al desarrollo de la nación de forma integral.

Por lo tanto, resulta imperiosa la eliminación de los órganos y las estructuras paralelas o para-constitucionales, con las que se ha pretendido solapar o vulnerar las competencias estatales y municipales, aquellas creadas por vía administrativa y las creadas mediante leyes, que tendrían que ser derogadas o reformadas para ajustarlas al planteamiento constitucional.

Resulta necesario que el órgano legislativo nacional se avoque a desarrollar una actividad legislativa intensa que permita derogar leyes que son abiertamente inconstitucionales y reformar otras que menoscaban o limitan las autonomías estatales y municipales; y en definitiva, para que cese la omisión legislativa sobre las normas que contribuirían a fortalecer la federación y, por ende, a la descentralización, como sería dictar de forma inmediata la Ley de hacienda pública estatal y la legislación sobre la armonización tributaria para los estados y municipios, entre otras.

No obstante lo anterior, lo deseable sería avanzar en una reforma constitucional que aclarase de una vez por todas la forma de Estado con base en la federación descentralizada, y que venga acompañada de normas que garanticen sin ambigüedades el sistema federal, para evitar la irrupción de las interpretaciones ligeras o cargadas de intereses subalternos que afectarían nuevamente al desarrollo de todos los venezolanos.

Isla de Margarita, agosto de 2020

11. LA “OBLIGATORIEDAD” DE LA COLABORACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS. COLABORACIÓN Y SEPARACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Gustavo LINARES BENZO*

Resumen: El artículo 136 de la Constitución (reproducción de las Constituciones de 1947 (art. 137) y de 1961 (art. 118) se entendió, incluso dentro de la tradición constitucional democrática de nuestra historia, en el sentido de que la colaboración entre los poderes era una atenuación de la separación clásica. Desde 1999, el Tribunal Supremo de Justicia ha convertido esa atenuación en el aniquilamiento de la separación de poderes.

Palabras claves: Colaboración entre los poderes públicos, separación de poderes, Tribunal Supremo de Justicia.

Abstract: Even in Venezuelan democratic constitutional thought, branches of government collaboration, as expressed in 1947, 1961 and 1999 Constitutions (articles 137, 118 and 136, respectively), were seen as separation of powers attenuation. Since 1999, Venezuelan Supreme Court of Justice turned attenuation into annihilation.

Key words. Branches of government collaboration, separation of powers, Venezuelan Supreme Court of Justice.

Pareciera que este Órgano Legislativo [la Asamblea Nacional] pretende auto calificarse como un supra poder público, distinto a los poderes públicos referidos en el artículo 136 constitucional. La actuación del Poder Legislativo nos convence de que se ha apartado de los principios de solidaridad social y del bien común, sometidos al imperio de la Constitución y la Ley. No cabe duda que de manera reiterada los actos legislativos proferidos en las sesiones plenarias solo conducen a la violación del Principio de Supremacía Constitucional, de Legalidad y de Obligatoriedad de la Colaboración de los poderes entre sí para la consecución de los fines del Estado en beneficio de las ciudadanas y ciudadanos.

Manuel E. GALINDO BALLESTEROS

Contralor General de la República (Pronunciamiento del presidente del Consejo Moral Republicano ante el juicio político contra el presidente de la República, Nicolás Maduro, 15-12-2016)

El principio de “*obligatoriedad*” de la colaboración de los poderes entre sí para la consecución de los fines del Estado”: esta ha sido la interpretación ortodoxa del princi-

* Profesor Agregado de Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. Abogado *cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela (1985). Doctor en Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela (1999). Correo electrónico: gustavolinarebenzo@gmail.com.

pio de colaboración de los poderes públicos en lo que va de milenio, una colaboración *obligatoria*. Las palabras del entonces Contralor General de la República, con motivo del juicio político al Presidente iniciado por la Asamblea nacional a finales de 2016, dicen más que manuales enteros de Derecho Constitucional sobre el verdadero arreglo del poder en estos años. Tanto, que la **colaboración obligatoria ya se había dado**, pues el Tribunal Supremo de Justicia había anulado lo actuado en ese juicio y prohibido cualquier continuación (Sent. SC TSJ 948/2016 del 15 de noviembre de 2016).

Más allá de los méritos jurídicos de ese proceso y de la correspondiente sentencia, importa ahora percatarnos de que esa colaboración obligatoria ha sido la alternativa práctica a la incomodidad de la separación de poderes para cualquier poder que se pretenda absoluto. Pues el principio de colaboración sobre el que trataré aquí se encuentra precisamente en la norma que consagra aquella separación:

Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

Esta norma, como tantas otras en la Constitución vigente, es copia de las Constitución de 1947 (art. 137), a su vez reproducida en la de 1961 (art. 118). Por lo tanto, ya dentro de esta tradición constitucional democrática de nuestra historia, la colaboración entre los poderes se veía como una atenuación de la separación clásica. Lo que ha hecho el aparato político en estos años, por intermedio del Tribunal Supremo de Justicia sobre todo, es convertir esa modulación en el aniquilamiento de la separación de poderes.

Para esta indagación utilizaré el siguiente plan: en primer lugar (I) se analizará el sentido de la separación y colaboración de poderes establecida desde 1947 hasta hoy en el texto de la Constitución, para luego, (II) proponer algunas ideas para el futuro en esta materia¹.

I

1. Hay que esperar hasta la muerte de Gómez para que el tema de la separación de poderes regrese al pensamiento constitucional venezolano. La separación es un desideratum de los partidos políticos modernos, para luego ser eliminada, o casi, en el verdadero reparto constitucional del poder. Para dejar de lado por un momento el rol del Poder Judicial en este equilibrio, la tensión entre Ejecutivo y Legislativo se resolvió en la clara preponderancia de aquél. Aunque las constituciones del Estado venezolano moderno, desde la de 1936 hasta la de 1999, rinden tributo textual al principio, se establecen mecanismos que lo anulan y mantienen el poder en el Presidente.

Es pacífica la constatación de cómo el poder legislativo y el ejecutivo se concentran en manos del Presidente en todo ese período. Nuestros juristas, sin que el texto constitucional lo dijera expresamente, más bien lo contrario, consideran que la consecuencia fundamental de la decisión presidencial de suspender las garantías era la habili-

¹ Me he referido con anterioridad a la separación de poderes en Venezuela. *Cfr.* Linares Benzo, Gustavo. *El trauma de la Primera República. Venezuela y la separación de poderes* en Suma del pensar venezolano Fundación Polar, T. II, libro 2, pp. 347-434.

tación al Presidente de legislar por decreto. Desde entonces, en la práctica ha sido el Ejecutivo el verdadero legislador. Con la base de la suspensión de las garantías constitucionales relativas a la economía, el Presidente legisló en esa área, entendida ampliamente, hasta que el Presidente Pérez, en su segundo gobierno (Decreto 1.724 de 4-07-1991, G.O. 34.752 de 10-07-1991), restituyó la garantía económica y eliminó los poderes legislativos presidenciales. Sin embargo, se mantuvo la otra posibilidad constitucional de legislación ejecutiva, las leyes habilitantes, que otorgadas a todos los presidentes siguientes, mantuvieron la unidad ejecutivo-legislativo en cabeza del Presidente.

En toda esta evolución el Poder Judicial fue un convidado de piedra, considerándose con bastante tino que ese equilibrio era sobre todo una cuestión política. Sólo con el aumento de la sensibilidad constitucional en Venezuela debida al segundo debut del amparo en 1983, la Corte Suprema de Justicia fue adquiriendo prestigio en la opinión pública y consiguiente poder real, que tuvo su cénit en su intervención en los golpes de Estado de 1992, claramente a favor de los rebeldes y en el posterior antejuicio al Presidente Pérez. Sin embargo, esa beligerancia tampoco alteró el equilibrio Legislativo-Ejecutivo, que siguió inclinado hacia el Presidente, pero preparó el ambiente para la redacción de la Constitución de 1999 y la emergencia de la Sala Constitucional como el Tribunal Supremo más poderoso de nuestra historia.

2. En 1981 el Procurador General de la República recogió esa tradición jurídica:

*Se trata, esencialmente, de una situación jurídica general nacida de un acto político, por virtud de la cual la protección que brinda la norma constitucional al ciudadano, consistente en que su libertad sólo será limitada por efecto de un acto legislativo y por las razones señaladas en la Constitución, queda disminuida en el sentido que **puede el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades normativas, poner limitaciones a la libertad garantizada por la norma de la Constitución.** De allí la gravedad y trascendencia de esta situación, que introduce una excepción en el Estado de Derecho y que por esto debe tener duración limitada y ser utilizada con suma prudencia por el Jefe del Ejecutivo Nacional.* (Dictamen AE-26-11-1981). (Negrillas mías).²

Apenas las circunstancias políticas hicieron viable en la realidad un mínimo de respeto a la separación de poderes, que textualmente nunca dejó de estar presente en las sucesivas Constituciones, renace la concentración del poder en el Ejecutivo, ya no como pretexto para tiranías, sino en su modo originario de garantía de supervivencia del Estado. El Ejecutivo tenía que ser fuerte, muy fuerte; y la ideología jurídica prestó el mecanismo necesario. Como ya la voluntad del Presidente no era omnimoda, como el Parlamento ya no era un mero órgano del Jefe del Estado, para seguir concentrando ambas funciones, la ejecutiva y la legislativa en cabeza del Presidente, se entendió que al suspender las garantías constitucionales el jefe del Ejecutivo podía legislar por decreto.

Sobre la base de la suspensión de garantías los Presidentes de la República dictaron las principales leyes económicas de la segunda mitad del siglo XX. La separación de poderes consagrada formalmente en la Constitución de 1961 (art. 118) no existía en la práctica. Por un lado, los poderes legislativos que otorgaba la suspensión de garantías,

² PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *20 años de la doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*. T. IV, Vol. I. Caracas 1984.

tal como se entendía por la Procuraduría y todos los demás doctrinarios, no requería de ninguna autorización o aprobación del Congreso, como sí era el caso de los decretos-leyes habilitados por ley especial, sino que se ejercían dictando automáticamente los correspondientes decretos-leyes. Por otro, que la garantía suspendida fuera sólo la económica y que en teoría sólo en ese sector podía legislar el Presidente era una victoria pírrica de la separación de poderes, pues es evidente que lo económico abarca casi toda la vida nacional. Así, el Presidente de la República dictó leyes del trabajo, de la función pública y legisló sobre casi todo el acontecer nacional.

3. En paralelo, la separación de poderes recibió una interpretación mitigada. La Constitución de 1961 (art. 118) decía, como vimos, que “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”. Ese ejercicio compartido no es a lo que se refiere la Constitución al hablar de funciones propias, lo que la doctrina interpretó como que no eran exclusivas, pero no para controlarlas, sino para aumentar, quizás inconscientemente, las potestades de cada poder, pero sobre todo las del Ejecutivo.

Sobre la base de la ideología alemana de la personalidad del Estado (y no exclusivamente del Poder Ejecutivo) y la consecuente transformación de los poderes públicos en funciones, ejecutiva y administrativa, legislativa y judicial, esta doctrina predicó que el Ejecutivo no sólo ejecutaba la ley, sino que juzgaba y legislaba. Con todos los bemoles que hubo que introducirle a la teoría, se ve claramente que la posición del Ejecutivo se ve sustancialmente reforzada como el pivote esencial del Estado. Porque además de sus capacidades legislativas, ya analizadas, que lo colocan a la par del Parlamento, adquiere condición de juez en vastas áreas de la vida pública, mucho mayores que los escasísimos y excepcionales supuestos que esa doctrina señala como ejemplo de las funciones judiciales del Parlamento.

Así, esta teoría le dio ribetes de justicia a las nuevas funciones administrativas de intervención en los asuntos laborales, en la actividad comercial (consumidores), tránsito terrestre, etc., que por lo demás son la manera ordinaria en que la inmensa mayoría de las contenciones son decididas en Venezuela, ante el escaso empleo de los tribunales por el grueso de la población. La aseveración, que ciertamente siempre afirmó esta doctrina de la no exclusividad de las funciones del Estado, de que sólo los tribunales dictan decisiones con autoridad de cosa juzgada, nunca pasó de mención incidental y no relativizó lo suficiente el valor de la intervención ejecutiva en cada vez más sectores de la vida ciudadana.

Así que en paralelo al Presidente-legislador la vida democrática venezolana fue testigo del crecimiento y desarrollo exponencial del Ejecutivo-juez. Aunque en este campo nunca la doctrina jurídica formalizó que las decisiones ejecutivas tuvieran el mismo valor de las sentencias de los tribunales, a todos los efectos prácticos la vida colectiva entendía que sus contenciosos cotidianos se entregaban al Ejecutivo: las disputas laborales a las autoridades administrativas del trabajo; las disputas consumidores-comerciantes a los organismos de protección al consumidor; los eventos de tránsito terrestre a las inspectorías competentes y un largo etcétera. La teórica vía judicial abierta a confrontar las decisiones administrativas sólo se empleaba en los casos más grandes y económicamente gravosos, obviamente escasos.

Se iba dando, pues, un giro copernicano a la interpretación tradicional de la separación de poderes, que a pesar de su dicho de que se había impuesto en Venezuela desde la Constitución de 1901, en realidad se aplicó para interpretar el texto fundamental más duradero de nuestra historia, la Constitución de 1961. Esta doctrina jurídica, sobre escasas bases constitucionales (la palabra "funciones"), esa tesis de las funciones del Estado, una suerte de ejercicio compartido de todos los poderes por cada uno de los poderes se convirtió en la doctrina oficial venezolana de la separación de poderes.

El artículo 118 de la constitución de 1961 había sido interpretado por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, produciendo el germen de la tesis que vendrían. Así la sentencia de 18 de julio de 1973 de esa Sala:

Lejos de ser absoluto el principio de la separación de los poderes, la doctrina reconoce y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones; de suerte que unos y otros, según las atribuciones que respectivamente les señalan las leyes, realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe. La doctrina establece que la división de poderes no coincide plenamente con la separación de funciones, pues corrientemente se asignan al Poder Legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al Poder Judicial funciones administrativas, como en el caso del nombramiento de jueces que hace este mismo tribunal y de la firma de libros de comercio o de registro civil que hacen los jueces de instancia; y a la inversa, se atribuyen al Poder Ejecutivo, funciones legislativas como la reglamentación, parcial o total de las leyes, sin alterar su espíritu, propósito o razón, que es considerada como el ejemplo más típico de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, por mandato del numeral 10 del artículo 190 de la Constitución Nacional; toda vez que el Reglamento es norma jurídica de carácter general dictado por la Administración Pública para su aplicación a todos los sujetos de derecho y en todos los casos que caigan dentro de sus supuestos de hecho. En otros casos la autoridad administrativa imparte justicia, decide una controversia entre partes litigantes en forma similar a como lo hace la autoridad judicial.

Así, la doctrina de la separación mitigada de poderes y la debida colaboración entre ellos se plasmó con toda precisión:

Así como los órganos legislativos y judiciales ejercen funciones administrativas, así también los órganos del poder ejecutivo realizan funciones legislativas y jurisdiccionales. En efecto, el Presidente de la República, además de las funciones ejecutivas propias (funciones de gobierno y funciones administrativas), realiza funciones legislativas no sólo al dictar decretos con valor de ley conforme a la Ley de Medidas Económicas de Urgencia respectiva, sino cuando crea normas de carácter general en el ordenamiento jurídico al ejercer la potestad reglamentaria. Asimismo, los órganos ejecutivos también realizan en ciertos casos funciones jurisdiccionales aun cuando no de carácter judicial, siendo en todo caso funciones excepcionales. Dentro de estas funciones jurisdiccionales se incluiría, tal como lo ha hecho la Corte Suprema en varias de sus decisiones, por ejemplo, las que adopta el Inspector del Trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 198 de la Ley del Trabajo, siguiendo un procedimiento contencioso de promoción y evacuación repruebas, sometido a lapsos allí mismos previstos.³

³ Brewer-Carías, Allan R. *Derecho Administrativo*. Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV. T. I, 3ª edición, Caracas 1984, pp. 237 y 238. Cfr. Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo Constitucional*. CIDEP-EJV, Caracas 2017.

El principio de separación de poderes no es absoluto, es la frase fundamental del texto. Y en consecuencia, ninguna de las funciones del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) es exclusiva de un poder, pues todos y cada uno de ellos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de hecho las ejercen todas. En otras palabras, el Legislativo no sólo legisla, sino que también ejecuta, como cuando administra su personal o ejecuta su presupuesto, y también juzga, como cuando autoriza el enjuiciamiento del Presidente de la República. El Ejecutivo no sólo administra, sino que también legisla, como cuando dicta los reglamentos de las leyes; y también juzga, como lo hacen las Inspectorías del Trabajo al decidir conflictos laborales. Y, por último, el judicial no sólo juzga, sino que legisla cuando el máximo tribunal dicta acuerdos normativos y también administra, como cuando los jueces nombran a secretarios y demás personal auxiliar.

Esta separación orgánica de poderes, es decir, la existencia autónoma de Legislativo, Ejecutivo y Judicial, pero no separación absoluta de funciones pudo haberse entendido como una mitigación de las garantías que la separación de poderes significó en sus orígenes norteamericanos e inclusive venezolanos. Pues afirmar que cada poder ejerce también funciones semejantes a las de los otros obviamente diluirá la separación y, en consecuencia, podría emplearse para justificar concentraciones de poder, sobre todo y por supuesto en el Ejecutivo.

En efecto, la consecuencia más notable de una teoría tal fue considerar que el Poder Ejecutivo podía legislar y juzgar, pues de esa manera podía, legislando, aumentar sus propios poderes y, juzgando, convertir su voluntad en Derecho. De allí que hubo que insistir también en paralelo en que todo acto estatal es controlable por los tribunales, obviamente inclusive los del Poder Ejecutivo, pero ya se había sentado el criterio de la comunidad del poder público entre los distintos poderes.

Sin embargo, el objetivo esencial de la separación de poderes es limitar el poder y de allí lo peligroso de señalar que todos esos poderes ejercen todas las funciones. Pues es evidente que la ley, como único acto estatal capaz de otorgarle potestades al Ejecutivo y de establecer cargas a los particulares, es esencialmente distinto de los Reglamentos, meras normas complementarias de la ley que no pueden hacer ni lo uno ni lo otro. Ni mucho menos las decisiones de los órganos administrativos sobre conflictos entre particulares, como las de las Inspectorías del Trabajo, equivalen a una sentencia, pues ésta sólo puede emanar de un juez y el Ejecutivo nunca lo es, pues no es imparcial ni la Constitución pretende que lo sea.

4. La Constitución de 1961, bajo la cual el país vivió la más intensa práctica constitucional de su historia, fue la trama de una cada vez mayor independencia judicial de los tribunales contencioso administrativos, cada vez más acostumbrados a condenar a la Administración Pública cuando violaba la ley. Como la cúspide de esa jurisdicción contencioso-administrativa estaba en la propia Corte Suprema de Justicia, en su Sala Político Administrativa, el temor reverencial y la sumisión de la Corte al Ejecutivo fue diluyéndose. A mi ver, el cenit de esa autonomía y el mayor peso político alcanzado por la Corte Suprema antes de 1999 se logra en momentos de la mayor debilidad del Ejecutivo, lo que le resta méritos a esa independencia, pero que no deja de ser un ejemplo de fijación de límites entre Derecho y política: la sentencia Hernán Gruber Odremán de 11 de marzo de 1993, que prohibió los juicios sumarios a los golpistas del 27 de noviembre del año anterior.

El papel político del Poder Judicial en Venezuela, entendido en su mejor manera como la delimitación de la política por el Derecho, sobre todo por la Constitución, fue muy reducido hasta estos eventos de 1992, es decir, hasta los pródromos del cambio de actores políticos y del resentimiento de las libertades públicas que comenzó en 1999. Nuestro Poder Judicial era fiel a Montesquieu, políticamente *casi nada*. Cuando comenzó a ser algo, nada menos que vehículo para remover al Presidente de la República, con el pretexto de la independencia judicial, consumó el suicidio del sistema político que le permitió su independencia y fue partero de otro sistema mucho menos libertario.

La Constitución de 1999 dio un renovado vigor al Poder Judicial, sobre todo a la Sala Constitucional del TSJ. Sin embargo, ya no vamos a ver la espectacularidad de controles, órdenes y hasta aniquilaciones del Ejecutivo de principios de los años 90 que comentamos. Todo lo contrario.

En efecto, desde sus primerísimas sentencias y sobre la base de una insólita declaración constitucional que haría obligatorias (“vinculantes”) sus decisiones, la Sala Constitucional legisla en muchas materias de la vida nacional, superando con creces sus hasta entonces únicos poderes de nulidad de leyes. Inventando recursos autónomos de interpretación, “jurisprudencia normativa”, nombrando al Consejo Nacional Electoral, al Fiscal, al Contralor, se dio a sí misma poderes la hacían la instancia política última del país.

Nunca antes había existido un Tribunal Supremo tan poderoso, Tribunal Supremo que en realidad era la Sala Constitucional. Explotando hábilmente las nuevas funciones que le otorgaba la Constitución de 1999, especialmente la revisión de las sentencias definitivamente firmes de amparo y de control de la constitucionalidad, logró colocarse por encima de las demás Salas del Tribunal Supremo, rompiendo una tradición de casi medio siglo según la cual cada Sala era “soberana de su propia competencia”. La “Super – Sala”, como dio en llamársela, enmendó la plana de sus colegas magistrados, especialmente de la Sala Político-Administrativa, revisando sus sentencias y sentando precedentes en todas las ramas del Derecho, desde el campo penal hasta la estructura de las sociedades anónimas. Este fenómeno, sin embargo, no tenía mayor impacto en la separación de poderes, solamente dejaba en claro quien era el verdadero supremo dentro del Supremo Tribunal.

El papel político del Tribunal Supremo llegó con el nombramiento del Consejo Nacional Electoral. La Constitución de 1999 (art. 336) preveía un poco crípticamente que la Sala Constitucional podía:

7. Declarar la inconstitucionalidad del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

Sobre esta base y teniendo como pretexto el impasse parlamentario para el nombramiento de los nuevos miembros del Consejo Supremo Electoral exigido por la entonces reciente Ley Orgánica del Poder Electoral, la Sala Constitucional fijó un plazo a la Asamblea Nacional para proceder a ese nombramiento y, al no lograrlo la Asamblea, procedió a designar ella misma a los rectores. (Sentencias de la Sala Constitucional 2073/2003 de 4 de agosto caso *Hermann Escarrá* y auto de 25 de agosto de 2003).

Este episodio es una muestra difícil de superar de invasión de una potestad política por parte del Tribunal Supremo, además como ardid político excepcionalmente favorable al Ejecutivo como los hechos terminaron demostrando. En efecto, se trataba nada más y nada menos que de designar al cuerpo encargado de las elecciones y referendos, actos políticos por excelencia. De allí que la Constitución, además de un complicadísimo mecanismo de selección de candidatos con participación de la “sociedad civil”, exigía una mayoría calificada de dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional para la designación (art. 296, Constitución de 1999). En otras palabras, la oposición tenía poder de veto en normalidad de circunstancias, como de hecho existían en la composición de la Asamblea Nacional para el momento.

Como la oposición ejercía ese veto y, perversamente, la Sala Electoral del propio TSJ había bloqueado el funcionamiento de la anterior junta del CNE hasta nombramiento de una nueva, no había autoridad electoral y peligraba la realización del referendo revocatorio que la oposición exigía. Así, la Sala Constitucional, con el pretexto de esa inexistencia de autoridad electoral, no sólo invadió las competencias del Legislativo, sino que marginó a la minoría política al usurpar una decisión para lo cual la Constitución exigía su concurso. En lugar de proteger a las minorías, papel fundamental de todo Tribunal Supremo, se arrojó su papel sin contar con ninguna legitimación democrática.

Los hechos demuestran que jugaba para la mayoría política. Primero, porque no mostró ningún pudor en reconocer que había dejado el Derecho y asumido el papel de los políticos:

El nombramiento de los rectores –así sean provisorios– se trata de un hecho que trasciende lo jurídico y, por ello, la Sala decide que, a partir de esta fecha, podrá oír a los Presidentes o Secretarios Generales de las organizaciones políticas representadas en la Asamblea, así como a los representantes de la sociedad civil que ella escoja, utilizando para determinar quienes conforman a la sociedad civil, el criterio expuesto por la Sala en fallos del 23 de agosto de 2000 y 21 de noviembre de 2000 (casos: Ruth Capriles Méndez y William Dávila Barrios y otros); e, igualmente, podrá consultar al Poder Ciudadano y a los representantes de las facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas que considere necesarios, a fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 296 constitucional.

Oídas estas personas, si la Asamblea no hace los nombramientos, los hará la Sala, pudiendo señalar a los rectores algunas disposiciones –que sin alterar su independencia– sean por ellos cumplidas, y pudiendo, igualmente, proveer la integración de alguno o todos de los órganos subordinados, señalando quien los dirigirá, y decretando un cronograma de actuaciones para que el ente cumpla sus cometidos. (Cursivas mías)

Como se ve, formalmente la Sala Constitucional pareció convertir al Tribunal Supremo en el órgano político más poderoso del país, pero ello significó la invasión de potestades legislativas y, sobre todo, la usurpación del poder de veto de la minoría. La sentencia *Herman Escarrá*, la designación de los rectores del CNE por la Sala Constitucional, a la larga se evidenció como la manera pseudo-constitucional del Ejecutivo de sobrepasar el obstáculo de la mayoría calificada exigida por la Constitución para esas designaciones. Lejos de mostrar autonomía, en el fondo esta decisión de la Sala Constitucional significó plegarse al Ejecutivo contra una de las normas políticas más importantes de la Constitución: la mayoría calificada en la Asamblea Nacional para designar a los rectores del CNE.

La solución jurídica era otra y evidente: respetar el principio y la norma de que los cargos se ejercen hasta la efectiva posesión por el sustituto. Nunca pudo dejar de existir un CNE operativo: con las potestades de revisión que tan prudentemente había empleado, la Sala Constitucional podía anular la decisión de la Sala Electoral y restaurar las competencias plenas del CNE en ejercicio para el momento del impasse legislativo. El precedente, pues, no puede ser peor. De hecho, con el tiempo la Sala Constitucional se consideró con poder para designar cualquier otro funcionario, por mayor necesidad de legitimidad democrática que fuese necesario para ello, de la que obviamente carece.

5. Desde *Hermann Escarrá* el poder de la Sala Constitucional no ha hecho sino crecer, al ritmo de las mismas sentencias de la propia Sala. El rechazo frontal a la separación de poderes ya era expreso en 2009:

La llamada división, distinción o separación de poderes fue, al igual que la teoría de los derechos fundamentales de libertad, un instrumento de la doctrina liberal del Estado mínimo, (...) un mero instrumento de organización de los órganos del Poder Público, sino un modo mediante el cual se pretendía asegurar que el Estado se mantuviera limitado a la protección de los intereses individualistas de la clase dirigente. (Sent. TSJ SC 1049 de 23 de julio de 2009).⁴

Esta crítica llegó al paroxismo cuando la Presidenta de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, declaró a la prensa en diciembre de 2009, simplemente que “la división de poderes debilita al Estado,” y que “hay que reformarla⁵.”

El poder de la Sala Constitucional, como dije, ha tenido como única tendencia crecer hasta ser el poder supremo del Estado, al menos en el papel de sus sentencias. Para volver al inicio, a la cita del Contralor General de la República a la sazón, la Sala Constitucional es el verdadero suprapoder. Tanto, que basta un botón de muestra: la aniquilación de la potestad de la Asamblea Nacional de aprobar y revocar los estados de excepción, clara y expresamente establecida en la Constitución (art. 339). Así la sentencia 16/2016 de 11 de febrero de 2016⁶, que al calificar de meramente política esa potestad legislativa, dejó en manos del Presidente de la República la suspensión de la vigencia de buena parte de la Constitución.

Esa decisión es botón de muestra que basta: *el soberano es quien decide sobre el estado de excepción*, dijo Carl Schmitt en su célebre tratado de Derecho Constitucional. Agamben⁷, el gran filósofo italiano, discípulo de Heidegger, denunció la excepción constitucional como la raíz jurídica y también política de las tiranías y totalitarismos del siglo XX, y también del XXI. Desde las restricciones en toda Europa luego de la I Guerra Mundial, hasta Hitler y Roosevelt con la Gran Depresión y la segunda guerra, Bush y la *war on terror*, todos restringían derechos y acumulaban poder ante circunstancias

⁴ Cfr. Brewer-Carías, Allan R.. En *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo. Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Año 12, N° 12, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, San José, Costa Rica 2012, pp. 31-43.

⁵ En Juan Francisco Alonso, “La división de poderes debilita al estado. La presidenta del TSJ [Luisa Estela Morales] afirma que la Constitución hay que reformarla,” *El Universal*, Caracas 5 de diciembre de 2009.

⁶ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

⁷ Agamben, Giorgio. *Estado de excepción Homo sacer, II, I*. Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires 2004, *passim*.

excepcionales. El problema es que ese poder absoluto permanecía aunque la guerra o la depresión terminasen. En Venezuela, la Sala Constitucional lo logró de un plumazo. Pues en esta sentencia la Sala Constitucional asumió la soberanía, arrebatándola de la decisión conjunta Ejecutivo-Legislativo, para luego cederla íntegra al Presidente de la república. Resultado fatal: Venezuela tiene un lustro sin garantías.⁸

Esta sentencia 16/2016 quizás la más violatoria de la Constitución de nuestra historia, es el ejemplo más evidente de la verdadera tendencia jurisprudencial de la Sala Constitucional desde sus inicios: el aumento sostenido de las potestades del Presidente de la República hasta llegar a la cesión de la soberanía, hasta convertirlo en soberano.

⁸ Un resumen preciso de los últimos estadios de este proceso pueden verse en <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/07/Venezuela-Sin-Lugar-para-la-deliberacion-Publications-Reports-fact-findings-mission-reports-2019-SPA.pdf>. Permitase una larga cita de ese informe. *Tras la observación y análisis de las sentencias emanadas del TSJ, reseñadas en el presente informe, se puede señalar lo siguiente:* a) *Es evidente a raíz de varias medidas gubernamentales y decisiones del TSJ se ha socavado el Estado de Derecho y la democracia en Venezuela, vulnerado el principio de separación de poderes y conculcados las funciones constitucionales y la autonomía del Poder Legislativo. La crisis institucional del Estado afecta gravemente a todos los poderes públicos, erosionando su credibilidad.* b) *El Poder Judicial, como consecuencia de sus decisiones basadas en imponer los intereses políticos del Poder Ejecutivo, ha perdido sus atributos esenciales y distinguibles, tales como: autonomía, independencia y legitimidad.* c) *El Poder Ejecutivo en forma impúdica ha utilizado al Poder Judicial, representado por el TSJ, para someter a la AN y a la FGR mediante una aparente disputa de poder con esos otros poderes del Estado.* d) *El TSJ ha sido cooptado por el partido de Gobierno, convirtiéndose en un apéndice del Poder Ejecutivo y dejando de ejercer su función constitucional de garante del Estado de Derecho y de los derechos humanos y libertades fundamentales.* e) *El TSJ ha asumido un rol de dar apariencia de legitimidad jurídica a las acciones políticas arbitrarias emanadas del Poder Ejecutivo. Ello queda en evidencia, entre otros, a través de la declaración de constitucionalidad de los Decretos que declararon el Estado de Emergencia Económica y sus sucesivas prórrogas. Además, el TSJ asumió –en estos casos– la defensa política de las decisiones del Poder Ejecutivo al apropiarse plenamente de los fundamentos de las declaratorias de emergencia económica, vaciando y desconociendo las funciones de control que la Constitución le asigna a la AN.* f) *Invocando arbitrarias interpretaciones de la Constitución, omitiendo el análisis de otras normas constitucionales, otorgando rango supraconstitucional a normas de inferior jerarquía y obviando el debido proceso y el sistema de contradicción judicial, el TSJ fue despojando y vaciando a la AN de sus funciones constitucionales en materia legislativa, de control parlamentario, de reglamentación y de administración interna, para favorecer políticamente al Gobierno* g) *Desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, función consustancial del Poder Judicial, la actividad del TSJ ha significado un profundo retroceso y una desprotección de las personas, optando más bien por asumir una defensa política del régimen. De esta manera la independencia y la autonomía exigibles al Poder Judicial se han visto gravemente menoscabadas, lo que afecta al derecho de las víctimas a obtener justicia imparcial y reparación por la acción de los agentes del Estado, y de paso desmantelando aún más el Estado de Derecho en Venezuela.* h) *La energía desplegada por el TSJ para resolver, en breve plazo y sin dilaciones, los requerimientos del Gobierno, de organizaciones civiles afines al Gobierno o de diputados oficialistas, no es la misma desplegada en otros casos donde los derechos humanos de víctimas o simplemente los derechos de quienes disienten se han visto vulnerados por la acción de agentes del Estado. Es evidente un doble rasero al momento de atender un caso u otro.* i) *Llama la atención también que el TSJ, en el caso de la sentencia cautelar N° 260 de 2015, haya resuelto teniendo a la vista como prueba un rumor emitido por un medio de comunicación, validando tal rumor y asignándole valor de plena prueba sin control alguno, y que ello fue suficiente para desconocer la voluntad soberana de los electores del estado de Amazonas y la Región indígena Sur, y generar un quiebre institucional de mayor envergadura. La decisión del TSJ, revestida de ropaje jurídico, tenía un claro objeto político que posteriormente se fue consolidando con los sucesivos requerimientos presentados sobre la misma materia: inventar la tesis del “desacato” para desconocer todos los actos dictados y por dictar por la nueva AN.*

Esto tampoco escapa a un razonamiento, ya político, anterior inclusive a la vigencia de la Constitución de 1999, que aún así me permitiré analizar como paso necesario para ensayar algunas propuestas.

II

1. El Presidente Hugo Chávez se dirigió a la Corte Suprema de Justicia el 13 de abril de 1999⁹, exponiendo críticamente su concepción del Estado, precisamente cuando se acercaba una Constituyente. El documento fue en su momento objeto de cierta burla y de menosprecio por la opinión pública, pero el paso del tiempo lo hace ver como la plantilla del gobierno de Chávez y de su sucesor. La supervivencia del Estado, expresamente invocada, depende del Jefe del Estado. La separación de poderes termina siendo un obstáculo, de allí los sucesivos intentos de limitarla, por la vía de colonizar las instituciones por la vía constitucional y luego electoral. La colaboración de poderes es la sumisión al Presidente de la República.

Como dije, la carta de Chávez a la Corte, en medio de los preparativos de la Constituyente, fue recibida con displicencia, incluso con sarcasmo. Sus referencias a "pulsiones ontico-cósmicas", los "centrifugados que tendría que ser mutilados" y otras exorbitancias verbales (atribuidas en el momento al escritor argentino Norberto Ceresole) ocultaron la tesis central y básica del documento, que se fue revelando a lo largo del gobierno del Presidente Chávez como el núcleo de su visión del Estado y, por ende, de la (inexistencia) de la separación de poderes: *"el principio de la exclusividad presidencial en la conducción del Estado"* (sic).

"El Estado soy yo" en el tercer milenio, podría ser una lectura bastante válida. De hecho, la propaganda oficial llegó a pergeñar el lema "Chávez es el pueblo", incluyéndolo en toda la publicidad del gobierno. Para una visión así, la separación de poderes es sobre todo un obstáculo. De hecho, hay que *"rescatar el estado de derecho de manos de la criminal partidocracia para estructurarlo en la Nación como ordenador esencial de las instituciones"*. Por poco que se analice, el Derecho que emana de la separación de poderes es precisamente producto de la disidencia política que se encuentra en el Parlamento. Ahora es "la Nación", es decir, un ente vago que oculta al Presidente.

Por lo tanto, los poderes (su separación) ya no se estructuran para garantizar la libertad sino la eficacia: "la nación votó por la estructura de poderes que pudieran resolver eficazmente sus problemas". Nada hay más eficaz que un Ejecutivo sin contrapesos en los demás poderes. Como corolario, el horror a la debilidad del Estado, que se entiende como un organismo que debe salvarse de las "fracciones intestinas", del "fraccionamiento". El principio de la separación de poderes fue sustituido por la exclusividad presidencial. Tal cual.

2. Lo que se dice menos, sin embargo, es que el artífice de la sustitución de la separación de poderes por un presidente soberano fue la Sala Constitucional. Formalmente, ha sido la jurisdicción constitucional, novedad de la Constitución de 1999, la que nos ha llevado al más inconstitucional momento de nuestra historia.

⁹ Puede consultarse en <https://www.clublibertaddigital.com/ilustracion-liberal/4/carta-de-hugo-chavez-a-la-corte-suprema-de-justicia-carlos-sabino.html>.

Hasta ahora, las críticas han estado dirigidas a un indebido, antijurídico comportamiento de la Sala Constitucional, de lo que no cabe duda. Ciertamente, se han violado las formas de la designación de sus magistrados, se han destacado los errores y extralimitaciones de sus fallos.

Sin embargo, aún a riesgo de ser iconoclasta, *la causa última de esta debacle es la existencia misma de la Sala Constitucional*, de toda la jurisdicción que encabeza, al menos tal como está construida en la Constitución de 1999. No se trata solamente de que estos magistrados estén politizados, que su nombramiento sea indebido y que no sean imparciales. *Simplemente, no puede existir un cuerpo judicial con tanto poder como la Sala Constitucional de 1999, si se quiere mantener a la República como una democrática.*

Ciertamente, esta tendencia a convertir a los tribunales constitucionales en soberanos es mundial y goza del respaldo de una opinión pública cada vez más monopólica e inquisitorial, especialmente entre los juristas. Pero son tales los desaguizados, el irrespeto a la más clara y republicana expresión popular mediante el voto, por parte de magistrados no electos, aquí y afuera¹⁰, que ya es necesaria una revisión rotunda del papel e incluso de la existencia de tribunales constitucionales en esta versión europea que copiamos por primera en nuestra historia en 1999, para desgracia de la República de democrática. Por esta línea van mis reflexiones finales, que de alguna manera son el objeto de esta obra colectiva a la cual, para mi honra, fui invitado a colaborar.

La principal reflexión que puede hacerse ante este estado de cosas es analizar con seriedad, objetiva y fríamente, *la posibilidad de que el monopolio de la interpretación de la Constitución no exista*, que no sólo el Tribunal Supremo tenga la última palabra, sino que los otros poderes tengan también áreas inmunes al activismo judicial, entendido como extralimitación de la función jurisdiccional¹¹. Así, se resuelven problemas tan graves como la mencionada sentencia que anuló las potestades de la Asamblea Nacional sobre los estados de excepción, y tantas otras semejantes en el grado de contrariedad a la Constitución.

Esta idea significa volver a los principios del constitucionalismo, cuando los poderes verdaderamente decisivos, en tanto designados por el electorado, eran el Legislativo y el Ejecutivo. El Judicial, que Montesquieu llegó a considerar “*en cierto modo, nulo*”, debe sin embargo mantener su posición de poder antimayoritario, de protector de las minorías a través de la garantía de los derechos humanos. Así, el ejercicio necesario del control de la constitucionalidad de los actos estatales, gran conquista del constitucionalismo, debe ser sobre todo un vehículo para proteger esos derechos, y no para terciar en conflictos políticos que deben ser resueltos por mecanismos políticos, al final electorales.

¹⁰ Otro botón de muestra: la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 26-02-2010, que declaró inconstitucional un referendo popular, que pretendía someter al electorado una reforma constitucional que permitiera la reelección presidencial para un tercer período. (<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>.) Su lectura, heroica pues tiene exactamente *quinientas (500) páginas*, pero necesaria, lleva al lector a concluir que esa corte se considera superior al electorado mismo, al pueblo expresándose en las urnas. No hay un lugar jurídico desde el cual decir lo que allí se dice, ni siquiera la Constitución.

¹¹ *Cfr.* Delgado, Francisco. *La reconstrucción del derecho venezolano*, Editorial Galipán, Caracas, 2012, *passim*; y del mismo autor *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán. Caracas, 2017, *passim*.

Restringir a lo jurídico al Poder Judicial, especialmente al Tribunal Supremo de Justicia, pasa también por la radical eliminación de interpretaciones vinculantes, jurisprudencia normativa, omisiones legislativas, legislación mediante sentencias; todas técnicas de justicia constitucional que nos son ajenas presentan serios déficits de democracia y sobre todo esconden decisiones políticas tras la majestad de la justicia y las hacen invulnerables al proceso democrático.

12. PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO Y DE LAS PERSONAS ESTATALES (LOS ENTES PÚBLICOS)

Javier URRUTIGOITY*

Resumen: Abordamos el principio de personalidad del Estado y los que constituyen institutos básicos de su organización administrativa. Se incluye al Estado (nacional y provincial) entre las personas de existencia necesarias, junto a la persona humana, municipios, gremios, entidades de la seguridad social e Iglesia Católica.

Se abordan los principios de competencia, jerarquía, desconcentración, descentralización y control administrativo, como los referidos institutos de la organización administrativa del Estado.

Palabras clave: Estado, persona jurídica, organización administrativa, competencia, jerarquía, desconcentración y descentralización, control administrativo.

Abstract: We address the principle of State's personality and those that constitute basic institutes of its administrative organization. The State (national and provincial) is included among the people of necessary existence, along with the human person, municipalities, unions, social security entities and the Catholic Church.

The principles of competition, hierarchy, deconcentration, decentralization and administrative control are addressed, such as the aforementioned institutes of the State's administrative organization.

Palabras clave: Estado, persona jurídica, organización administrativa, competencia, jerarquía, desconcentración y descentralización, control administrativo.

I. INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTO

Lo primero (es de bien nacido ser agradecido), por la generosa invitación de los Profesores Brewer-Carías y Araujo-Juárez a participar —con otros destacados autores— de esta obra colectiva. Deseamos que ella sirva a la pronta restauración de los principios fundamentales del Derecho público y el renacimiento del Estado de Derecho en Venezuela. La conmemoración de los 20 años de la publicación de su Constitución es una propicia ocasión para ello. Ningún bien es más apreciado en la vida que aquél perdido.

Tal el caso de la plena vigencia de la Constitución y sus instituciones fundamentales. Algo que damos por sentado, hasta que sobreviene —cual estrago impensado— uno

* Abogado, Magister en Administración Pública, docente de grado y postgrado de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Nacional de Cuyo y Universidad de Mendoza (Argentina). Consultor de la Provincia de Mendoza y socio del Estudio Urrutigoity-Linares. Correo electrónico: ju@urrutigoity-linares.com.

de esos períodos oscuros de la República. Parafraseando a Ihering¹, lamentable claudicación de los Pueblos en su lucha por el Derecho –con la esperanza que, como todo mal, sea transitorio–.

El verdadero Estado de Derecho es aquel firmemente fundado –y que desarrolla toda su actividad– sobre los principios o valores auténticamente humanos; los necesarios para posibilitar una vida digna, libre y justa en sociedad. Toda organización política –si quiere en serio diferenciarse de una banda armada– deberá edificarse y estar animada por los principios naturales y fundamentales. Tales los abordados en la presente obra colectiva.

La tragedia se presenta cuando sujetos y organizaciones carentes de esos valores superiores se hacen del poder político, vaciando de sentido a la Democracia²; a la que pervierten con ideologías y praxis políticas ignorantes de la naturaleza de las cosas, de las personas y de sus fines respectivos. En definitiva, cuando el Bien Común Temporal, causa final de la sociedad política, deja de ser el conjunto de condiciones que hacen posible el respeto de la dignidad humana y la consecución de sus fines materiales y espirituales.

La personalidad o personería jurídica estatal aparece entre los principios instrumentales, que a la vez son fundamentales, como reconocen nuestras constituciones. Su necesidad hace a la imputación jurídica, la unidad y la continuidad en el tiempo del Estado y sus entidades menores, más allá de los cambios de sus gobiernos y funcionarios. Su concreción práctica obliga a una adecuada reglamentación por la legislación civil y administrativa; cuyas cabezas de capítulos, en feliz expresión de Juan Bautista Alberdi, se encuentran en la Constitución misma del Estado³.

Nos proponemos abordar la personalidad, en cuanto principio jurídico constitucionalizado, que la legislación –administrativa y civil– infra constitucional no puede alterar (art. 28 CN), para una mejor comprensión de su significado y las bases de su régimen jurídico.

¹ “Es la última palabra de la sabiduría que sólo merece la libertad y la vida, el que cada día sabe conquistarlas” (Ihering, Rudolf Von, *Estudios Jurídicos*, Ed. Heliasta, Bs. As., 1974, p. 85).

² Damos a este término tan equívoco su sentido que nos parece auténtico: forma de Estado en la que el poder político se ejerce orientado al bien común y con participación responsable, libre y eficaz del pueblo (Sarmiento García, Jorge -Director- y ots., *Derecho Público*, ECA, Buenos Aires, 1997, p. 125).

³ La Constitución Argentina (en adelante CN) señala la necesaria conformidad a los principios sentados en su Primera Parte, dedicada a las declaraciones, derechos y garantías constitucionales, de su desarrollo reglamentario: operativo ad intra (art. 24: El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación –entonces la colonial– en todos sus ramos) y ad extra (art. 27: El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución). Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización nacional*, antecedente seguido en lo fundamental para la sanción de la Constitución argentina.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS ESTATALES

1. Aclaraciones terminológicas

Entidad es el término que el legislador suele aplicar a cualquier organización administrativa dotada de personalidad jurídica. El artículo 141 del Código Civil y Comercial argentino (en adelante CCCN) define a las personas jurídicas como todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación. Sin embargo, esta definición no es del todo feliz⁴.

En lo que ahora interesa, porque el ordenamiento infra constitucional, sólo a veces, confiere a ciertos entes su personalidad; hay otros a los que se limita a reconocerles esa personería. Esto se verifica en el caso de las personas humanas, y entre las jurídicas, con aquellas constitucionalizadas, como es el caso del Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (a partir de la Reforma constitucional de 1994), los municipios y la Iglesia Católica⁵.

⁴ Ya Ferrara, F. en su *Teoría de las Personas Jurídicas*, ed. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, V. CXXXIV, N° 63, p. 320 advertía la inexactitud de confundir persona y capacidad jurídica, puesto que el segundo de estos conceptos jurídicos es accidental, por lo que supone un sustrato, substancia o sujeto que lo soporte. Valiéndonos de su mismo ejemplo, sería como confundir el peso o el color con el cuerpo pesado o coloreado.

⁵ Una necesaria digresión, para advertir lo contraria a nuestra historia institucional y la dudosa constitucionalidad de la interpretación -en solitario- sostenida por el Convencional Gutiérrez en la constituyente de 1853, al restringir el reconocimiento de la Iglesia y su culto a un mero sostenimiento económico. Tesis retomada luego por otros, como él, destacados masones de nuestra historia (inspiró la política de estado-laicista, que no es lo mismo que *laico*, impuesta durante la primera presidencia de Julio A. Roca y defendida por su ministro Eduardo Wilde, en los famosos debates sobre matrimonio civil y educación pública (en los años 1882 y siguientes). Tal error, lamentablemente, ha sido receptado por nuestra Corte federal (ver *Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta*, sentencia del 12 de diciembre de 2017, y sus citas, en <https://sj.csn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=SupFalloCasti-llo>). El caso versó sobre la cuestión de la educación religiosa en la escuela pública. Advertimos en él un silogismo circular, conocido en lógica formal como sofisma de *petición de principio*. Consistió en deducir “neutralidad religiosa” de una fórmula constitucional distinta (la no “confesionalidad del Estado” y la “libertad religiosa”, en la historia institucional argentina, no significa que la Iglesia Católica no merezca un apoyo especial del Estado). Claramente, tiene un rango privilegiado, que desconocen los laicistas, porque prefieren una separación absoluta de Iglesia y Estado (salto lógico de afirmar “separación” donde hay mera “distinción”). Esto no expresa nuestro verdadero sistema constitucional, intermedio, de preferencia y sostenimiento (integral y no sólo económico) del culto católico apostólico romano (art. 2 CN). Como adelantamos, en el marco general de reconocimiento de la *libertad religiosa* a sus habitantes e interdicción de cualquier discriminación por tal motivo, sin por ello dejar de lado la preferencia por la religión católica de parte del Estado y su población mayoritaria. Realidad argentina que debe respetar el legislador ordinario (como lo hiciera con las leyes 17.032 y 24.483). Preferencia que se explica por nuestra historia política y antecedentes constitucionales, que la tesis laicista desconoce, al punto de termina extraviando al citado fallo de la Corte, que, a nuestro juicio, falla en la leal interpretación de los arts. 2, 14 *in fine*, 19 y 20 de la Constitución y del referido Concordato con la Sede Apostólica (Ley 17.032). Resulta extraño al *espíritu* de tales normas que se altere aquél carácter privilegiado de la religión católica, reduciendo gratuitamente el “sostenimiento” de su culto, cuando el constituyente no ha distinguido para ello entre medios pecuniarios e inmateriales (nada autoriza limitarlo al plano exclusivamente económico). El restrictivo apoyo o fomento *material* a la Iglesia Católica, importa la artificial disección de la indisoluble dimensión *espiritual* del hombre y su cultura, conforme la cosmovisión cristiana del constituyente, que en

El artículo 142 del mismo CCCN, inmediatamente, corrige tal imprecisión, cuando reconoce, en el caso de las personas jurídicas o de existencia ideal, ésta, desde su constitución; y que la autorización legal para funcionar no es necesaria, excepto disposición

ninguna parte de su obra autorizara tal hermenéutica, *contra historia y natura* (a la luz de su misma antropología e idiosincrasia del hombre argentino, vinculado a Dios, porque no sólo vive de pan). La intención del constituyente se muestra contraria al apoyo sólo presupuestario, como lo confirma cualquier análisis no ideologizado de los antecedentes históricos, culturales y sociales de nuestro artículo 2 (ampliar en Guillermo Barrera Buteler, *Provincias y Nación*, ECA, Buenos Aires, 1996, pp. 162 y ss.). En resumen, la mayoría de los convencionales reunidos en Santa Fe en 1853, si bien descartaron el *Estado confesional*, no entendieron estar consagrando un estado *laicista*, lo que habría sido contrario a nuestra tradición hispano-católica. El *sostenimiento* mentado en la cláusula en cuestión, como se lo había entendido hasta la Presidencia de Roca, no discriminaba entre un apoyo material y espiritual (prueba de ello lo fue la legislación civil velezana, como se advierte en su regulación del matrimonio y derecho de familia). Es la interpretación que surge del auténtico sentido, que aportan al texto constitucional, los antecedentes de la evangelización española de América; seguida, ya en la etapa revolucionaria, por *“la defensa de la religión católica como causa nacional y factor de unión entre los pueblos”* (lo vemos plasmado en las políticas religiosas de Belgrano, en sus campañas del Norte o Alto Perú, continuadas por San Martín, también al mando del Ejército libertador de Argentina, Chile y Perú). Ello, en sintonía con la cultura y aspiraciones de los pueblos del interior, enarboladas luego en las banderas de los caudillos federales (*“Religión o muerte”*, para Facundo Quiroga y *“Santa Federación”* para Juan Manuel de Rosas, por nombrar los más conocidos). Inequívoco rechazo a las políticas laicistas de los *“ilustrados jacobinos”* del partido unitario, cuya ideología sólo prendía en la elite centralista porteña (v.gr., las políticas de Bernardino Rivadavia, desde 1821 hasta su derrocamiento), con su orientación contraria a la religión ancestral de la argentina profunda. Barrera Buteler lo demuestra en su prolijo estudio de los tratados interprovinciales (los *“pactos preexistentes”* invocados en el Preámbulo constitucional) que resultan clara directriz interpretativa de su articulado. Encontramos allí la invocación al Dios cristiano (*“fuente de toda razón y justicia”*), carente de sentido si se tratase del prescindente Ser Supremo masónico. Referencia corroborada con la reserva de las acciones privadas al juicio de Dios (art. 19, con su implícita alusión al juicio definitivo del Dios cristiano, conforme lo expresa el Credo de los Apóstoles). Lo mismo aparecía, hasta la Reforma de 1994, en el mandato al Congreso de promover la conversión de los indígenas al catolicismo (art. 67-15 de la Constitución de 1853/60), la pertenencia del Presidente a la comunión católica (art. 76) y su juramento por el Dios de los Santos Evangelios (art. 80). Todo lo cual permite captar el verdadero sentido y alcance de Quién era el Dios invocado por los constituyentes de 1853/60, en línea con las constituciones provinciales del período 1819-1859. La modificación de las tres últimas cláusulas no altera el claro sentido de las anteriores (no estuvo habilitado a hacerlo el reformador del 94, conforme el límite claro que le impuso el art. 7 de la Ley 24.309, al declarar los temas pasibles de ser reformados). Bien ha dicho Ramella: *“La unión se ha realizado, pues, no solamente alrededor de los postulados sociales, de la revolución, sino aferrándose a la raíz cristiana que nos dio el ser como Nación”* (Ramella, Pablo A. *Derecho Constitucional*, Bs. As., 1960, p. 71 y Cap. IX, *Relaciones de la Iglesia con el Estado*, pp. 129, 142 y ss., 300 y ss.). Y en p. 151 remataba el maestro sanjuanino: *“Cuando la Constitución habla de ‘sostener el culto’ la frase no puede reducirse a un mero apoyo de carácter económico, sino también a una decidida protección moral, pues sería un verdadero contrasentido que por un lado se ayudase pecuniariamente a la Iglesia y por otro se la hostilizase o se pretendiese aplicar leyes contrarias al espíritu y preceptos de la religión católica”*. El *sistema concordatario*, que en la Reforma de 1994 terminó reemplazando el anterior régimen de patronato nacional, lejos de alterar el espíritu del mentado Preámbulo impar, y concordantes arts. 2 y 19 -sin que nada en contrario pueda, objetiva y racionalmente, deducirse de expresiones tales como *“valores democráticos”*, *“igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”*, *“principios de gratuidad y equidad de la educación pública”*, etc., recogidos en el tercer párrafo del inciso 19 del art. 75, en realidad, encuentra su quicio hermenéutico en su antecedente inmediato, que no es otro que el acuerdo alcanzado con la Santa Sede en 1966; inspirado en otro también señero y notorio antecedente histórico, que fue el célebre art. 7 de la Constitución italiana de 1948: *“El Estado y la Iglesia Católica son, cada uno en su propio orden, independientes y soberanos. Sus relaciones se reglan por los Pactos Lateranenses...”* (que pusieron término en aquella península a la disputa entre el Estado italiano y la Iglesia, provocada por la unificación italiana de 1870 y el despojo de los territorios pontificios).

legal en contrario. Va de suyo que es impensable tal autorización u otorgamiento de la personalidad cuando hablamos de la persona humana (o física), a la que, simplemente, tal personalidad natural le es reconocida en el art. 19 del mismo CCCN, con fundamento en el sempiterno derecho natural, como bien lo ha hecho antes, la Constitución y los tratados de derechos humanos con rango constitucional⁶.

En el caso de las llamadas personas de existencia necesaria o natural, su aptitud para titularizar relaciones jurídicas, bien en su faz activa o pasiva, es anterior al Código Civil y a cualquiera otra ley reglamentaria. Incluso, es anterior, como hemos destacado, a la Constitución. Las leyes positivas se limitan a reconocerlas como entidades, cuyo origen es la naturaleza social –trascendente y temporal– de los hombres, capaces ontológicamente –no por concesión legal– de titularizar derechos y deberes; sujetos cuya dignidad y estatus jurídico básico es anterior a cualquier legislador humano.

Desconocer su entidad natural, tratarlas como como objetos de relaciones y situaciones jurídicas, o instrumentalizarlas al servicio de fines que no son los suyos, o los de sus miembros en el caso de las personas colectivas, sería un acto de toda imposibilidad jurídica, dado su estatus preexistente⁷.

⁶ El Acta de la Declaración de la Independencia norteamericana de 1776 sostuvo, como verdad palmaria, que todos los hombres son iguales por la naturaleza, que a todos ellos el Creador les ha dotado con ciertos derechos inalienables, entre los cuales figura la vida, la libertad y la procuración de la felicidad; y que, para la seguridad de estos derechos fueron establecidos los gobiernos, que en realidad carecen de autoridad para desconocerlos o violarlos. La Declaración de Derechos del Hombre de la Asamblea Constituyente francesa, en 1789 e inspirada en aquella, consideró que la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos eran las causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, pasando a exponer en una declaración solemne que esos derechos naturales del hombre y del ciudadano eran *imprescriptibles, inalienables y sagrados*; de nuevo, porque la finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de tales derechos naturales. Y ante la sistemática y alevosa violencia y desconocimiento que sufrieran durante la Segunda Guerra Mundial, se vuelven a declarar solemnemente en 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo Preámbulo proclama: “*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”. Art. 1º: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*”. Art. 2: “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna...*”. Art. 3: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”. La CADH de 1969, reafirma en su Preámbulo “*... el respeto de los derechos esenciales del hombre*” y que esos “*derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...*”.

⁷ Seguimos en el texto los comentarios de Sarmiento García, Jorge y Petra Recabarren, Guillermo, *Ley de procedimiento administrativo de Mendoza N° 3.909*, Eds. Augustus, Mendoza, 1973, pp. 34 y ss.), quienes recuerdan que la clasificación tomada por Vélez Sársfield de Savigny (*personas de existencia necesaria o natural*, para distinguirlas de las que se presentan al legislador ordinario con una *existencia meramente posible*), se funda en que las primeras existen naturalmente; incluso, que son históricamente anteriores al Estado, al menos bajo su forma actual. En cambio, las *posibles, artificiales o contingentes*, son las demás asociaciones, sociedades o fundaciones, civiles, comerciales o administrativas, a las cuales el ordenamiento positivo les otorga el carácter de personas jurídicas; son un producto jurídico radicalmente contingente de la voluntad de los hombres -que podrían no darles reconocimiento y existencia-. No es este el caso de las provincias, los municipios, el Estado nacional y la Iglesia Católica, que al tiempo del dictado de nuestra Constitución ya gozaban de su personalidad. La que no pudo sino ser reconocida por el constituyente. Lo cual -que es lo que interesa por la diversidad de régimen jurídico- hace de ellas *entes o personas* cuya existencia viene impuesta al legislador ordinario por la supremacía constitucional (arts. 2, 5, 6, 31, 121 y ss. CN). Se trata de una idea de indudable valor jurídico, dadas sus consecuencias prácticas, como lo desarrollamos en el texto. La distinción aparece re-

Lo indica el Preámbulo impar de nuestra Ley Fundamental: Primero, con sus reconocimientos a la Nación Argentina, como una realidad histórico-política, continuadora del Virreinato del Río de La Plata y conformada por las provincias, que con su *voluntad y elección* reunieron el Congreso General Constituyente de 1853. Después, con la proclama de *todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino* como los destinatarios de la libertad y demás derechos fundamentales reconocidos en la parte dogmática de aquella Carta magna.

La personalidad del *Estado Nacional* vuelve a reconocerse en los artículos 1 y 35. El segundo recordando sus *nombres* (atributo de la personalidad, conforme al artículo 151 del CCCN) que ha tenido aquél, desde la Revolución de 1810⁸. Ya explicamos el artículo 2, con su imperativo histórico y *petro* de sostenimiento del culto católico. Los artículos 4, 75 incisos 1 y ss., al determinar los recursos del Tesoro nacional, denominación del constituyente a lo que sería su *patrimonio* (otro atributo de la personalidad, según el art. 154 del CCCN). Igual parangón podría establecerse con el *domicilio* o sede social (art. 152): en el caso del Estado su localización viene dada por su elemento *territorio* y el sitio, dentro del mismo, de residencia de sus autoridades superiores (su *Capital*, prevista en los arts. 3, 45, 51, 75 incs. 15 y 30, 88, 129 y disposición transitoria séptima de la CN).

En cuanto a la *Iglesia Católica*, es reconocida en los artículos 2 (sostenimiento de su culto), 75 inc. 22 (jerarquía superior a las leyes de los *concordatos* con la Santa Sede) y 99 inc. 11 (atribución presidencial de mantener relaciones y negociar esos concordatos con la Sede Apostólica)⁹.

La personalidad de *provincias y municipios* aparece también en el Preámbulo y en gran cantidad de artículos (1, 3, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 75 y 121 a 129, por mencionar los principales).

Pero la persona más necesaria de todas, la que no es producto del Estado, sino que tiene una verdadera “centralidad” en el sistema jurídico y político, es la *persona humana*, a la que aquél no puede sino reconocerle su dignidad intrínseca, verdadero fundamento de sus derechos fundamentales (arts. 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19, 20, entre muchos otros de la CN). Su desconocimiento hubiera vaciado su legitimidad.

Hay, incluso, algunas personas jurídicas, sólo reconocidas en su necesaria existencia general, aunque no en sus concreciones individuales (ésta o aquélla, dentro de la especie). Tal el caso de gremios o *sindicatos* (art. 14 bis CN), *entidades de la seguridad social* (arts. 14 bis y 125), *partidos políticos* (arts. 37 y 38), *comunidades indígenas* (art. 75 inc. 17) y *universidades nacionales* (art. 75 inc. 19).

ceptada en la doctrina comparada (Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed. actualizada a 1987 por Daniel Martins, C.J.U., T. I, Montevideo, 1987, p. 178).

⁸ Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina y Nación Argentina.

⁹ *V.gr.*, Concordato de Argentina con la Santa Sede de 1966, aprobado por Ley 17.032, que reconoció la jurisdicción de la Iglesia Católica para regirse por sus propias instituciones canónicas para el cumplimiento de sus fines y garantizar su culto, de conformidad al deber impuesto al Gobierno federal en el art. 2 de la CN.

En la Constitución mendocina y su legislación reglamentaria, la organización pública personalizada –la que es “sujeto de derecho”–, corresponde a la *Provincia*, a cada uno de sus *municipios* o demás tipos de *descentralizaciones administrativas* –algunas, como el Departamento General de Irrigación o la Dirección General de Escuelas– creadas por la Constitución misma. Pero entran también dentro de esta categoría de entidades administrativas descentralizadas otras, la mayoría, creadas por leyes o decretos¹⁰.

Pues bien, estas entidades pueden estar conformadas por uno o varios órganos. En cuanto al *órgano*, digamos que no es una persona jurídica –como lo es un ente o entidad–, sino que forma parte de ella¹¹. Así, el sujeto de derecho es la Nación o la Provincia, y sus órganos el Poder Ejecutivo, sus ministros, secretarios, etc. Es también persona el Municipio, con sus órgano ejecutivo –Intendente o Alcalde y sus secretarios– y el Concejo Deliberante –órgano deliberativo–, etc. También encontramos otras personas, genéricamente llamadas descentralizaciones administrativas del Estado, como las *entidades autárquicas, empresas y sociedades del estado*, etc.

Todas esas personas o entes aparecen conformadas por órganos, distinguiéndose dos sentidos diversos dados a la expresión: *órgano institución* –cada centro o esfera de competencias– y *órgano individuo* –las personas humanas que ocupan el cargo desempeñan sus funciones o competencia que es siempre institucional y no personal–. De allí que uno y otro –órgano y funcionario– no deban confundirse.

2. Principio de competencia

El órgano institucional existe en el plano ideal o normativo –es hechura del ordenamiento jurídico–. Es ese centro de atribución normativa de la competencia administrativa (o de otra índole, *v.gr.*, en cada cámara del parlamento, cada tribunal de justicia, etc.). Al órgano institución lo crean las normas, que además le dan un nombre y enumeran sus atribuciones (esfera competencial); en su caso, pueden incluso asignarle recursos materiales, humanos, etc. No así al agente o funcionario que los desempeña.

La norma atributiva de la competencia puede ser de rango constitucional, una ley ordinaria –en *sentido formal*– o un reglamento administrativo (*ley en sentido material*)¹². La normativa no sólo atribuye la competencia al ente u órgano; también señala el fin de su ejercicio. Aparece así el *principio de finalidad*, cuya importancia estriba en que su posible apartamiento acarrea el vicio de *desviación o abuso de poder*, que es un defecto de legitimidad del acto administrativo.

¹⁰ Sayagués Laso, *Derecho...*, *ob. cit.*, T. I, p. 189, distingue, por su *origen normativo*, a los órganos en *constitucionales o legales*, clasificación que aquí aplicamos a los entes o descentralizaciones, según surjan de la constitución formal o de las normas *infra* constitucionales. Mosso Giannini, César A., *Organización Administrativa*, en *Nociones de Derecho Administrativo*, IEDA-FCE, Mendoza, 1993, pp. 12 y 13, aplica este mismo criterio a la Constitución de la Provincia de Mendoza, sub clasificando los órganos constitucionales en *órganos poderes* (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y *extrapoderes* (Vicegobernador, Ministros del Ejecutivo, Asesor de Gobierno, Fiscal de Estado, Contador y Tesorero de la Provincia, Tribunal de Cuentas, etc.).

¹¹ Sayagués Laso, *Derecho...*, *ob. cit.*, T. I, p. 183.

¹² Así lo reconoce el art. 3 de la Ley 19.549 (LNPA), al decir que la competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia.

La finalidad también ha sido entendida como *principio de especialidad*, desde que cada ente y órgano se regula para cumplir un objeto o fin particular, aunque estos puedan ser de variado contenido, pero debiendo estar siempre determinados (o resultar determinables) conforme a la normativa de su creación, la que les atribuye su función. Tal principio de actuación de los entes y órganos los acota al logro o consecución de sus fines específicos (aunque estos puedan ser de contenido tan variado, dando lugar a la clasificación de los entes como *de competencia general* y *de competencia especial*). En lo que ahora interesa, el principio sirve para explicar la marcada diferencia entre el concepto de *capacidad jurídica* de las personas humanas –que es amplia o general, salvo limitaciones o incapacidades legales específicas– y el de *competencia* de las personas jurídicas, que de suyo es un ámbito delimitado de *habilitación legal* positiva de los órganos y entes administrativos, para que puedan actuar válidamente en un determinado campo de actividad¹³.

La *competencia*, las *potestades*, las atribuciones del poder político general del Estado –que es *único e indivisible*, aunque puedan diferenciarse sus *funciones jurídicas* y adjudicarse a distintos órganos–, en la porción correspondiente a la administración pública, presentan la señalada *adherencia al fin*¹⁴; lo que además de ser una nota moralizadora en el ejercicio del poder, también impregna jurídicamente a toda la organización de su misma índole *servicial*, ministerial o *fiduciaria*, para la gestión de los intereses colectivos que tiene encomendados la administración, limitada a procurarlos –a nombre propio de la entidad de que se trate–, pero, en definitiva, en el interés y a cargo final de terceros, determinados o indeterminados –ora sus beneficiarios, ora los contribuyentes–¹⁵.

Quedan así configuradas como *facultades-funciones* de actuación █ aspecto que también se verifica con las potestades que el ordenamiento atribuye a particulares, como lo es en nuestro sistema electoral el voto, las responsabilidades parentales (*patria potestad* en su denominación clásica), o las de tutores, curadores o apoyos de menores e incapaces. Se caracterizan así las potestades, como ciertas atribuciones típicas dentro de la competencia (de *mando*, *reglamentaria*, de *control* o jurisdiccional, *sancionatoria*, *tributaria*, etc.), por la disociación de su titularidad formal y sus reales interesados, cu-

¹³ Gordillo, Agustín -Director-, *Procedimiento Administrativo*, LexisNexis-Depalma, Bs. As., 2003, p. 62; Sayagüés Laso, *Tratado...*, *ob. cit.*, N° 108 y 109, donde explica este principio con un criterio de relativa amplitud en la apreciación de la competencia material de la persona jurídica estatal, excluyendo como válida la actividad notoriamente extraña a los fines de la entidad o intereses colectivos cuya satisfacción tiene confiada por el ordenamiento, *en forma expresa o razonablemente implícita en lo expreso* (pp. 198 y ss.).

¹⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, T I, Civitas, Madrid, 1988, p. 423.

¹⁵ A diferencia del Derecho español, es de notar que el argentino se inspira en la teoría de la Escuela alemana de Derecho Público. Por lo tanto, no personaliza a la administración general ni a las especiales como un sujetos de derecho dentro del Estado, nacional, provincial o municipal de que se trate, transformándolas en su sujeto -y a la vez su actividad objeto- regulado por el Derecho administrativo (ver García de Enterría y Fernández, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.). Esta diferencia no quita, como queda expresado en el texto, que la organización administrativa, como conjunto orgánico perteneciente al Estado o a sus entidades menores, pierda su *carácter servicial* del gobierno y del pueblo del Estado, del que todas estas realidades jurídicas forman parte; misión fiduciaria que debe cumplir con *objetividad* y pleno *sometimiento* a la Ley y al Derecho (en este sentido, ver el art. 1° de la LPA de Mendoza).

yo servicio es la razón de ser de las funciones, actividades, competencias, poderes y organizaciones que tienen atribuidos sus titulares; lo que permite adjetivar a todos esos sustantivos de públicos¹⁶.

Consecuentemente, las reglas de *irrenunciabilidad*, *improrrogabilidad* y *ejercicio directo y exclusivo* por el *titular* de la competencia administrativa se derivan de aquella índole fiduciaria o servicial y la distinción conceptual entre órgano institucional e individual.

La competencia acota el ejercicio por las entidades y órganos de las funciones administrativas. El concepto de *actividad* o *función administrativa* tiene entre nosotros un *sentido residual*, aludiendo a toda aquella función jurídica formal del poder político del Estado, excluidas sus funciones constituyente, legislativa ordinaria y judicial. Siendo entonces la *administrativa*, la parte restante de las funciones estatales, la que distinguimos del conjunto de toda la actividad estatal no por su materialidad, sino por deducción entre todas las demás nombradas –*constituyente, legislativa y judicial*–. La clasificación de las funciones estatales no es meramente conceptual, sino que su utilidad se explica por su diverso régimen jurídico.

A su vez, cada función estatal resulta acotada, circunscripta o limitada –podría decirse que las funciones se dividen, distribuyen o ramifican–, en múltiples competencias. Siendo la noción de competencia la que sirve, como se dijo, de ámbito acotado del ejercicio válido de la función o actividad administrativa. El de competencia es el primero de los principios que se aborda en el capítulo de la organización administrativa del Estado¹⁷.

Su primacía no es sólo cronológica sino también lógica, porque es un presupuesto esencial de cualquier actuación válida de las personas estatales. El *principio de libertad* constitucional (art. 19 CN), en cambio, juega sólo para la actuación de los particulares; sólo a ellos les está permitido hacer todo aquello que la ley no les prohíba.

¹⁶ Se recuerda que el absolutismo regio llamaba *servicio al Rey* -el *Soberano* del Antiguo Régimen-, al mismo que, tras las revoluciones republicanas, devino en *servicio público* -perteneciente al Pueblo o el nuevo titular de la soberanía nacional-. Tal *sentido general* es el que tiene la expresión, por ejemplo, en los dos primeros párrafos del art. 42 de la CN y en varias leyes. Su *sentido restringido*, en cambio, aparece en el último párrafo del art. 42 de la CN y en el 184, párrafo cuarto, de LPAM (Ley 9.003). Este servicio público, en sentido técnico, alude a aquella parcela de la función administrativa, que consiste en la prestación de ciertas actividades, asumidas directamente por el estado o brindadas por concesionarios, de naturaleza industrial o económica. Este segundo sentido del *servicio público* lo distingue de la *policía* y del *fomento* administrativos, en la célebre clasificación tripartita de la actividad administrativa que nos viene del derecho español (Jordana de Pozas).

Para la crítica de la *doctrina de la soberanía popular*, tan errónea teórica y prácticamente como extendida en nuestro tiempo, ver Martínez Vázquez, Benigno, *El sufragio y la idea representativa democrática*, Bs. As., 1966, pp. 41 y ss.; Sarmiento García, Jorge -Director- y ots., *Derecho...*, op. cit., pp. 87 y ss.

¹⁷ Patricia Martínez, en Farrando, Ismael y ots., *Manual de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1996, Depalma, p. 105, incluye entre los *principios de la organización administrativa* los de *competencia, jerarquía, centralización y descentralización*, advirtiendo que hay otros sobre los cuales no hay acuerdo doctrinario, como son el de *unidad*, que aparece ante conflictos interorgánicos e interadministrativos, tanto como derivación de la jerarquía como cuando se trata de organizaciones independientes jerárquicamente.

3. Jerarquía administrativa

Junto al concepto de competencia, la actividad de las personas estatales a veces la encontramos también sometida al *principio de jerarquía administrativa*. Este segundo paradigma de la *organización administrativa* estatal¹⁸, constituye una relación jurídica interna, lo que significa que la encontramos en el ámbito doméstico de cada organización administrativa de las personas estatales. En cambio, es extraña e incompatible en el ejercicio de las funciones constituyente, legislativa y judicial, porque en el ejercicio específico de estas otras funciones estatales no es posible que exista esta relación de *supra* y *subordinación* entre los órganos que las detentan. Si en cambio en lo referido a la función administrativa que estos órganos también desempeñen.

Las principales manifestaciones de la jerarquía son el *poder jerárquico*, que implica el de *mando y obediencia debida*, la *delegación* y *avocación de competencias*, con el correlativo *control o fiscalización*. La correcta ubicación conceptual del significado de estos términos obliga a distinguir los diversos modos de la organización estatal.

4. Tipos de organización administrativa

El tercer principio de organización se vincula a su *estructura*, más que a su *dinámica*, y comprende tres modalidades básicas: *centralización* (art. 14 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza), *desconcentración* (art. 20 LPAM) y *descentralización* (art. 21)¹⁹.

La *descentralización administrativa*, como precisa el último artículo, implica que la distribución normativa de competencias es *permanente* (a diferencia de la *delegación administrativa* que es un fenómeno transitorio de traspaso de su ejercicio) y que se ha efectuado a favor de un nuevo ente o persona jurídica, creado por la norma, al que dota de recursos, autoridades superiores, previendo su conformación e integración, atribuciones, responsabilidades, cometidos, etc.²⁰ Tales entes tienen sus propios órganos, necesarios para expresar su voluntad y cumplir con sus actividades y cometidos legales.

De lo dicho sigue que la diferencia esencial entre *desconcentración* –también llamada *descentralización burocrática*– y la *descentralización en sentido estricto* –impre-

¹⁸ La trascendencia de este principio de *organización administrativa* puede constatarse en relación a la *invalidez del acto administrativo* por *vicio de incompetencia en razón del grado*. Aquí, ayuda a deslindar, a falta de texto expreso en contrario, entre vicios graves (determinantes de nulidad) y leves (anulabilidad), que exista o no relación jerárquica, con las consiguientes posibilidades de *delegación, avocación o sustitución* en el ejercicio de competencias correspondientes a otros órganos administrativos, superiores o inferiores (ampliar en Gordillo, *Procedimiento...*, *ob. cit.*, pp. 89 y ss.).

¹⁹ Artículo 20° LPAM: Hay desconcentración cuando el ordenamiento jurídico confiere en forma regular y permanente atribuciones a órganos inferiores, dentro de la misma organización o del mismo ente estatal o que ejerza función administrativa regida por la presente. Art. 21: Hay descentralización cuando el ordenamiento jurídico confiere en forma regular y permanente atribuciones a entidades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en nombre y cuenta propios, bajo el control del Poder Ejecutivo o del órgano con el cual el ordenamiento las vincule o incardine.

²⁰ Sayagüés Laso llama descentralizaciones *democráticas* aquellas cuyas autoridades superiores son electas por sus propios miembros (sería entre nosotros el caso de las universidades nacionales, que se eligen periódicamente por sus claustros). Las descentralizaciones *autoritarias*, en cambio, son aquellas cuyas autoridades las designa el poder central (*Tratado...*, *ob. cit.*, p. 230).

cisamente llamada autárquica²¹— estriba en la atribución por el ordenamiento jurídico de la personería jurídica, creando un sujeto de derecho distinto al Estado central, con cometidos de gestión más independiente²². Cabe aclarar que la descentralización no es, necesariamente, de competencias que la Constitución atribuya al Poder Ejecutivo, aunque eso sea lo más común, en virtud de tener atribuida la jefatura de la *administración general* (incisos 1º de los arts. 128 y del 99, respectivamente, de las Constituciones mendocina y nacional).

La expresión *en forma regular y permanente*, la diferencia del instituto de la delegación administrativa (que es un instrumento dinámico y no estructural de la organización administrativa). La delegación no es *regular*, pero no en el sentido que no deba hacerse conforme a su regulación jurídica, sino en tanto no modifica la regla vigente de atribución de la *titularidad* de la competencia (legal o reglamentaria); por lo que ésta seguirá en cabeza del delegante. La traslación competencial, en la delegación, es sólo de su *ejercicio*, lo que la hace de suyo *precaria* (como aclaramos a renglón seguido), sin importar cuánto tiempo pueda durar en cada caso la delegación. La precariedad se observa en que la delegación es *revocable* en cualquier momento (art. 12 LPA mendocina). Como es de principio la *avocación* (ver el primer párrafo del art. 13 de la LPA mendocina).

Distinto es el caso de la *desconcentración* o en la *descentralización*. Su reversión (volviendo a centralizar la administración) obligaría a derogar o modificar la norma (ley en sentido formal o material) que las dispusieron. Y en cuanto a la *avocación*, resta aclarar que se encuentra condicionada en el supuesto de competencias desconcentradas²³; siendo directamente improcedente ante competencias descentralizadas (art. 16 de la ley mendocina, que así lo expresa para que no se desvirtúe lo propio de ella y la finalidad de la norma que la dispuso).

El ente descentralizado actúa *en nombre y cuenta propios*, dada su distinta personalidad jurídica. Por ello, todo lo actuado por sus órganos no se imputa directamente al Estado central, sino a la propia entidad descentralizada. Esta imputación no varía por la sujeción de la entidad descentralizada a la *vigilancia* o *control de tutela administrativa* del Poder Ejecutivo, o por la autoridad constitucional en cuya órbita estuviera incardinada la entidad. Toda la actividad —hechos y actos— de la descentralizada es atribuida a ésta.

²¹ En realidad, la *autarquía* es una de las especies o tipos de descentralización administrativa, junto con otras formas jurídicas, como lo son las empresas del estado, sociedades de economía mixta, sociedades del estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, fundaciones, asociaciones o consorcios públicos, o cualquier otra figura o medio instrumental que utilice el legislador para descentralizar los cometidos estatales que corresponden, originariamente, a la administración central del Estado. Con razón crítica Cassagne la utilización del mismo término -descentralización- para dos realidades jurídicas claramente distintas, como lo son la desconcentración y la descentralización; lo que en nada mejora la adjetivación de la segunda como autárquica, ya que las descentralizaciones empresariales del Estado no son verdaderas autarquías (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, T. I., pp. 219 y 220).

²² Sarmiento García y Petra Recabarren, *Ley...*, *ob. cit.*, com. al art. 5, p. 23; Sayagüés Laso, *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 207.

²³ Dice el art. 15, segundo párrafo, de la LPA de Mendoza, que no procede la *avocación* respecto de competencia atribuida expresamente por la ley al órgano desconcentrado. Precisa el art. 2 del Reglamento de la LNPA, que el superior ve limitada la *avocación* cuando una norma -ley o reglamento- atribuye la competencia en forma exclusiva al inferior.

Los actos de control –v.gr., los dictados con motivo de resolver un recurso de alzada, cuya virtualidad jurídica es agotar el procedimiento administrativo, obteniendo el *acto causante de estado* que habilita la instancia procesal administrativa– no alteran esta regla básica de imputación jurídica. De lo que se deduce que el controlante no es el legitimado pasivo en un eventual pleito que el afectado promueva para obtener la nulidad de los actos definitivos de la entidad descentralizada²⁴, ni responde *directa, principal o solidariamente* por sus obligaciones (art. 15 de la Ley mendocina N° 8.968 sobre responsabilidad del Estado)²⁵.

Todo ello es natural consecuencia de las características que podemos resumir en cuanto a las entidades descentralizadas del Estado:

1) Tienen *personalidad* jurídica propia, diferente a la de aquél; lo que les da legitimación sustancial y procesal autónoma;

2) tienen *patrimonio* y recursos propios, con los que deben atender sus obligaciones y pasivos. La *responsabilidad* del Estado central es sólo subsidiaria. No directa ni principal;

3) su patrimonio es *estatal*, por haber sido aportado por el Estado, al que eventualmente revertirá en caso de disolución.

Distinto es el caso de descentralización de prerrogativas o cometidos estatales en *personas públicas no estatales*, que son aquellas dotadas de atribuciones de poder público, cuyo patrimonio pertenece a sus asociados o aportantes, no al Estado (v.gr., colegios profesionales y las cajas previsionales de esos profesionales, obras sociales solventadas por sus beneficiarios o terceros, etc.). Sus leyes de creación, por tanto, podrán prever un destino final diferente. A falta de tal previsión especial corresponderán al Estado (como es el caso de las herencias vacantes o bienes relictos).

4) Son *creadas* por el Estado, habiéndose debatido si deben serlo por *ley* o por *reglamento* (administrativo). La ley mendocina elude esa cuestión, planteada en el orden federal, utilizando la expresión *cuando el ordenamiento jurídico...* En realidad, el régimen constitucional mendocino no da cabida a la doctrina de la *zona de reserva de la Administración*, por lo que no es cuestionable la competencia legislativa para crear entes descentralizados, como tanto se debatiera en el ámbito federal. Procede

²⁴ Ver la sentencia de fecha 27/08/2008 de la Sala II de la Corte de Mendoza, que rechazó la demanda por falta de legitimación sustancial pasiva de la Provincia (a lo que no obstaba el sólo hecho de haber confirmado el Poder Ejecutivo, en recurso de alzada, el acto definitivo de la entidad descentralizada). Causa N° 84.443, caratulada *Circulo Medico del Este c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/APA*.

²⁵ Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., 1998, CA, p. 537. En la causa N° 101.289, caratulada *Gonella Santiago en J°... Cassan Ana María P.S.H.M. G.C. S.F. c/ D.G.E. y Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ DYP s/Inc. Cas.*, sentencia de fecha 4/10/2011, recordó la Sala I de la Corte mendocina que no puede demandarse a la Provincia por actos de sus entidades descentralizadas y autárquicas que constituyen un centro de imputación normativa y tienen capacidad para estar en juicio, por la personalidad jurídica que poseen. El acto se imputa a quien lo efectúa (L.S. 255-432; 288-104), siendo la responsabilidad del Estado central sólo subsidiaria, cuando la entidad menor no pudiera responder por insuficiencia o falta de activo (L.S. 255-432).

hacerlo por decreto del Poder Ejecutivo cuando exista una norma legal habilitante (constitución, tratado o ley ordinaria²⁶).

5) Lo propio (lo esencial) de la descentralización administrativa es la competencia o capacidad legal dada a estas entidades para *administrarse a sí mismas*²⁷.

6) De lo que se siguen las restricciones al Poder Ejecutivo o autoridad constitucional correspondiente, limitadas a ejercer sobre ellas un mero *control jurídico restringido*, al que llamamos *vigilancia administrativa* (v.gr., arts. 16, 21 in fine, 22, 23 al 27 y 183 al 185 de la LPA mendocina). Este es de alcance más reducido al *control jerárquico*, que existe sobre órganos inferiores en la organización centralizada y en la desconcentra.

A falta de norma en contrario, el Poder Ejecutivo (o el órgano constitucionalmente competente en la administración especial que el constituyente le haya adjudicado) ejerce sobre las entidades descentralizadas un poder de control sobre la *legitimidad* de su actividad, pudiendo también: a) Dar *instrucciones generales* a la entidad; b) *intervenirla administrativamente*; c) decidir los *recursos y denuncias* que se interpongan contra sus actos o irregularidades funcionales; d) *nombrar y remover* sus autoridades superiores en los casos y condiciones previstos por el ordenamiento jurídico; e) realizar *investigaciones preventivas*.

El poder de fiscalización o *control administrativo en sentido amplio* puede versar sobre distintos aspectos (la *legalidad*, utilizando este término en un sentido genérico, comprensivo de la *juridicidad* o *legitimidad*, pero también de la *oportunidad, mérito o conveniencia*). El control también puede clasificarse por la *materia* (financiera o presupuestaria, disciplinaria, fiscal, sobre los servicios públicos, o policial en general: comercial, industrial, sanitaria, ambiental, etc.). Pero ahora, hablando del control sobre la organización administrativa descentralizada, nos interesa destacar que aquel control amplio se reduce exclusivamente a la legitimidad de la actividad del ente, excluyendo la oportunidad, eficiencia o eficacia de la gestión²⁸. Y la razón de esto es no desvirtuar la *esencia* de la autarquía administrativa (entendiendo esta expresión en su sentido amplio, comprensiva de cualquier forma de descentralización). Porque vimos que era esa *capacidad de autoadministración* dada por el ordenamiento normativo, sobre la parte de la función administrativa confiada a la entidad menor. En esto se presenta una semejanza con el alcance del control judicial sobre la administración (en el *proceso administrativo* o *contencioso administrativo*), también acotado a la *juridicidad*, con exclusión de toda consideración sobre la conveniencia de lo obrado por quien administra.

El *control de legitimidad* versa sobre la conformidad a Derecho de la actividad administrativa (actos o hechos). Por eso el control, tratándose de *recursos* (en los que se impugnan actos administrativos), *denuncias* o *investigaciones preventivas* (para revisar o prevenir hechos u omisiones de estas entidades), se limita a la verificación de su corrección jurídica (*juridicidad*).

²⁶ Para la *doctrina de la zona de reserva administrativa* puede verse Sarmiento García, Jorge H. y Urrutigoity, Javier, *La competencia administrativa de los órganos judiciales*, JA 1992-III-933, nota 20.

²⁷ Lo cual explica la diferencia específica entre *autonomía* (política) y *autarquía* (administrativa), si a tales términos se les da su estricto sentido técnico-jurídico, como el que explican Sarmiento y Petra, *Ley...*, *ob. cit.*, com. art. 5, pp. 23 y ss.; Cassagne, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 220 y ss.

²⁸ Albarracín, Abel A., "Control administrativo. La intervención administrativa", en *Estudios de Derecho Administrativo IX*, IEDA, Mendoza, 2003, p. 178.

El *control de oportunidad* sobre estas entidades se encuentra prohibido al Poder Ejecutivo, que no puede reprimir la actividad administrativa por razones políticas, o invocando apartamiento de lo que considere buenas prácticas de gestión, conformidad a la ciencia política o de la administración, su eficiencia, eficacia, mérito o conveniencia en general.

7) Las *relaciones de la entidad descentralizada* con el Estado se rigen por el derecho público (constitucional o administrativo), admitiendo en mayor o menor medida el régimen de derecho común (privado o laboral) en sus vinculaciones jurídicas con terceros y con su personal, conforme el objeto de la entidad (según sean descentralizaciones administrativas, financieras, comerciales o industriales)²⁹.

8) Persiguen *fines públicos*, aun cuando, según la índole de la actividad, actúen en el mercado en concurrencia con particulares, por tratarse de ámbitos de actividades originariamente *civiles* o *comerciales*, monopolizadas o asumidas en régimen de competencia, por razones de interés público (las diferentes políticas públicas de intervención administrativa en el mercado), o por tratarse de *servicios públicos* en sentido estricto, *monopolios fiscales*, etc. Sin embargo, sea que actúen en régimen de monopolio legal o compitiendo con los particulares, es de advertir que, la actuación que para un particular es actividad privada, en el caso del Estado es un *cometido público de bienestar o de progreso social*³⁰.

Esto lleva a otra necesaria distinción, entre *personas estatales* y *no estatales*, por una parte, y *públicas* o *privadas*, por la otra. El primer criterio de clasificación (estatales o no) se basa en quién sea el *propietario* del patrimonio o capital de la entidad³¹ o tenga su *control* (art. 8 de la Ley de Administración Financiera Federal N° 24.156).

Pero las entidades las clasificamos como *públicas* o *privadas*, siguiendo otro criterio, que es el de su *régimen jurídico predominante*, fundacional y determinante de su

²⁹ En el caso *La Buenos Aires Compañía de Seguros c/Petroquímica Bahía Blanca* (Fallos 311:750; doctrina reiterada en 312:2050, entre otros) se hizo aplicación de esta doctrina relativa a que, instrumentalmente, el Estado puede descentralizar funciones administrativas de índole materialmente civiles, comerciales o industriales, en entidades que se rigen, en cuanto a sus formas jurídicas y a lo específico de esas actividades, con las que concurren o compiten con los particulares, por el mismo derecho a que aquéllas y éstos se encuentran sujetos. Aparece así un verdadero régimen mixto para las empresas estatales, desde que algunas reglas sobre organización administrativa y competencia, controles financieros, procedimientos (en el caso *Petroquímica* se reconoció el derecho de la actora a tomar vista de un procedimiento licitatorio), el derecho de acceso a la información pública (Fallos 338:1258), seguirán estando, en cuanto sean compatibles con los fines y objeto de la empresa, bajo los principios y normas de derecho público. Pero el objeto de sus actos o su forma jurídica, en lo requerido por el desarrollo de sus actividades estatutarias, relaciones con su personal no directivo, etc., estarán sometidos al mismo derecho que rige esas mismas actividades cuando son realizadas por particulares (art. 75 inc. 12 CN).

³⁰ Sarmiento García y Petra Recabarren, *Ley...*, *ob. cit.*, com. art. 16, pp. 32 y 33. Para la clasificación de los diversos cometidos públicos ver Sarmiento García, Jorge H., *Compendio de Derecho Público Económico*, UNCuyo-FCE, 2015, Mendoza, pp. 143 y 144.

³¹ Al menos tenedor mayoritario de ese activo o mecanismo de control, como apunta el mentado art. 4 del Decreto 1.883/91, en seguimiento de igual criterio adoptado por las leyes de Reforma del Estado N° 23.696 (art. 1), de Emergencia Económica N° 23.697 (arts. 42 y cc.), art. 2 de la N° 23.982 de Consolidación de deudas. Igual criterio han seguido las posteriores que a ésta reenvían (N° 24.447, art. 25 y 1° de la 24.344, entre otras a nivel nacional). Un ejemplo en el orden local lo constituye el art. 1° de la Ley de Responsabilidad del Estado, por remisión a la definición del sector público provincial o municipal de la Ley de Administración Financiera N° 8.706 y modificatorias.

funcionamiento. Para lo cual habrá de estarse a sus normas de creación, finalidad, prerrogativas públicas que tenga asignadas y al régimen de control por parte del Estado (que deberá ser a título de control administrativo estricto y no de uno meramente policial, aplicable también a las actividades privadas de interés público que desarrollan los particulares)³².

5. *Control administrativo*

El cuarto principio refiere a las funciones de control o fiscalización administrativas –en esta parcela de la actividad administrativa incluimos a la llamada *jurisdicción administrativa*, que para nosotros no debe confundirse con la *función judicial* del Estado–. La LPA mendocina lo regula en sus artículos 14, 21 y 22³³.

Con lo explicado en el punto anterior queda claro que el control jerárquico corresponde, en cuanto a su alcance, al calificado como control en sentido amplio. Y ello es consecuencia de que la jerarquía es igualmente amplia en cuanto al *poder de mando*, en el sentido de competencia para impartir *instrucciones generales o particulares* para la dirección de los inferiores, sujetos al *deber de obediencia*, con sus justos límites (se excluye la orden *grosera* o *manifiestamente* ilegítima en cuanto a su forma o contenido, no así la que parezca al inferior inconveniente u opinable en materia legal).

El control jerárquico amplio existente en el ámbito de la organización centralizada o desconcentrada, o cuando hay delegación de competencias a entidades descentralizadas (con exclusión en cuanto a la competencia descentralizada). La *vigilancia* o *tutela* es el control propio y normal de la competencia descentralizada. Vimos que este control es más reducido que el jerárquico, propio del ámbito de una relación administrativa *interna* (en el seno del mismo sujeto de derecho). En cambio, la relación de control administrativo, en sentido estricto o restringido, es *intersubjetiva*, al vincular a órganos de distintas personas jurídicas (el Estado central, cuyo órgano ejecutivo ejerce la jefatura administrativa sobre la entidad descentralizada)³⁴.

Desde otro punto de vista, el control se clasifica en *oficioso* o *instado* (según se ejerza por propia iniciativa del controlante o a pedido de parte). Varía la iniciativa, no el alcance del control, que puede ser, según vimos, amplio (*de legalidad*) o restringido sólo a la *legitimidad*.

Otra modalidad de control administrativo es el específicamente financiero, que en Mendoza está regulado en la Ley de Administración Financiera (Nº 8.706 y modificatorias), así como en la Ley 1.003, reglamentaria del *control externo* a cargo del Tribunal de Cuentas (arts. 181/185 de nuestra Constitución).

³² Sarmiento y Petra Recabarren, *Ley...*, *ob. cit.*, com. art. 16, p. 40 y 41, siguiendo el fallo de nuestra Corte in re Vila Manuel y Caja de Jubilaciones y Pensiones de Abogados y Procuradores c/H. Tribunal de Cuentas de la Provincia p/Casación, LS 105-135 y ss. y las opiniones de Gordillo y Sayagués Laso.

³³ Tiene dicho la Corte de Mendoza que “*el Tribunal de Cuentas tiene jerarquía constitucional, es un órgano administrativo que no ejerce función jurisdiccional. A pesar de no ser un acto jurisdiccional, se trata de un acto administrativo especial y específico de un órgano de control, siendo un juicio de responsabilidad especial y específica, que le permite al Tribunal de Cuentas formular un cargo patrimonial y aplicar sanciones disciplinarias a los sometidos a su contralor (Ley 1003)*” (SCJM, Sala I, 08/09/2010, caso Carrizo c/HTC p/APA, expte. Nº 88.927).

³⁴ En el mismo sentido, Albarracín (*Control...*, *ob. cit.*, p. 179).

En cuanto a la *oportunidad*, el control puede ser *preventivo* o *a posteriori*. El primero precede a la emisión del acto, cuando el mismo está sujeto a una *autorización* previa a su dictado (art. 36 LPAM), o a una *aprobación* (art. 37). La segunda, posterior a su emisión pero previa a su ejecución. En ambos casos, si el acto no cumple con estos otros actos de control (*internos*, de simple buena administración, según los casos), estará viciado gravemente en su voluntad (art. 63 incs. a y b).

También sería el caso de una *intervención administrativa* que, a diferencia de la abordaremos *infra*, no fuera de tipo *represiva* o *sancionatoria*, sino meramente un instrumento político-administrativo de reorganización o racionalización administrativa, para implementar una política de reformadora en esta materia, preparar una privatización de servicios, medidas de emergencia económica, etc.³⁵

El control *a posteriori* se denomina también *represivo*, *correctivo* o *sancionatorio*, en tanto es posterior a que el acto haya adquirido ejecutividad (lo que exige su notificación o publicación, según tenga efectos individuales o generales, arts. 46, 105 y cc. de la LPAM). Incluso, puede operar cuando el acto ya ha producido sus efectos propios, pues la finalidad de esta fiscalización es corregir o extinguir una declaración irregular o viciada, o simplemente irregularidades administrativas en general (hechos u omisiones).

El control represivo puede o no ser *sustitutivo*. Las omisiones de la administración pueden remediarse mediante controles sustitutivos, donde el controlante dispone las medidas necesarias para suplir la falta de obrar diligente, a fin de proveer al dictado de actos omitidos, sea dictándolos directamente el controlante, sea sustituyendo al primeramente competente por otro, o interviniendo el órgano o ente incurso en graves incumplimientos de su actividad administrativa debida.

El *control en sentido estricto*, al que antes llamamos vigilancia jurídica o tutela administrativa (siguiendo la doctrina francesa e italiana, respectivamente), es el propio de la organización descentralizada. A diferencia del jerárquico, que es amplio y vimos que se da en la organización centralizada, desconcentrada y en la delegación. Nuestra legislación y doctrina (Sarmiento García, Dromi, Gordillo, entre otros) limita al *control de legitimidad* el que cabe a los órganos centrales del Estado sobre las descentralizaciones públicas administrativas (arts. 22, 184 in fine y 185 de la LPAM)³⁶.

6. Conflictos administrativos

La idea de varias personalidades satélites e instrumentales en las diversas órbitas de gobierno (nacional, provincial y municipal), no puede desvirtuar el apuntado *principio de unidad sustancial del Estado*. Tal principio, como anticipamos, revela su importancia en la regulación y forma de solución de los conflictos entre esos entes o personas estatales (conflictos *interadministrativos*, sean *de competencia* o *patrimoniales*).

Los conflictos, cuestiones o contiendas *de competencia*, cuando se dan en un mismo ámbito de poder administrativo, aparecen regulados en las leyes de procedimiento

³⁵ Albarracín (*Control...*, *ob. cit.*, pp. 180/184) se ha ocupado de este otro tipo de intervenciones *especiales* y de carácter *organizativo*, excluidas del régimen general que brevemente comentaremos (la intervención *represiva* o *sancionatoria*).

³⁶ Ampliar en Sarmiento García y Petra Recabarren, *Ley...*, *ob. cit.*, com. art. 22, pp. 46/48; Albarracín, *Control...*, *ob. cit.*, pp. 178/179.

administrativo, en forma separada a los regulados como *conflictos de poderes* (la resolución de aquéllos es función administrativa, de la competencia de la máxima autoridad jerárquica de cada poder del Estado u otra indicada por la ley al efecto). La diversidad de régimen jurídico de los segundos es corolario del *principio de división de funciones del poder*, característico de nuestra forma republicana de gobierno (arts. 1 y 5 CN), que ha llevado a que las contiendas entre órganos pertenecientes a ramas independientes del poder aparezcan directamente reguladas en las constituciones o en los códigos procesales, siendo parte de la función judicial; justamente, para garantizar la *independencia política e imparcialidad* judicial en la resolución de estos conflictos.

El conflicto de competencia, cuando no daba resolverse en sede judicial, en Mendoza lo encontramos regulado en su LPA (arts. 5 y 6). En el orden federal en los arts. 4 y 5 de la LNPA. Su paralelo análogo, cuando se trata de conflictos de competencia de sede judicial, lo regulan los códigos procesales (*v.gr.*, arts. 9 a 11 del Cód. procesal de Mendoza y en su Cód. Proc. Administrativo, art. 12; en el orden nacional arts. 7 al 13 de su Cód. Proc. Civ. y Com.)³⁷.

Si los órganos administrativos en conflicto de competencia pertenecen a la misma persona jurídica, la contienda es interna o *interorgánica*, desde que ambos organismos integran la misma entidad administrativa. Esos órganos pueden ser centralizados o descentralizados, según quedó ya dicho. En cambio, cuando los órganos en conflicto pertenecen a personas distintas, aquél alcanza mayor trascendencia. Deja de ser interno, planteándose entre diversos sujetos de derecho, cada uno dependiente de distintas autoridades superiores. La contienda –aunque no sea de índole patrimonial sino competencial– será igualmente *interadministrativa*.

El órgano competente para resolver esos diversos casos de conflictos competenciales será el ministro respectivo, en caso de plantearse entre órganos bajo su dependencia jerárquica. Corresponderá al Poder Ejecutivo, cuando sea un conflicto interministerial o interadministrativo. En este último supuesto, las entidades deberán estar bajo su tutela o poder de vigilancia administrativa. El ejecutivo también resuelve los conflictos entre la administración central y una de dichas entidades descentralizadas. En el caso de conflictos entre órganos de otros poderes o interno a entidades descentralizadas, corresponderá al órgano superior común en ellos.

Esta diferencia de régimen jurídico se advierte también en los conflictos de *naturaleza pecuniaria o patrimonial*. Por ejemplo, en las leyes de Mendoza (Ley 5607, modificada por la 7242) y a nivel federal, con el arbitraje previsto por su *ley de conflictos interadministrativos* N° 19.983. Esta encomienda la resolución al Poder Ejecutivo o a la Procuración del Tesoro de la Nación, según el monto involucrado.

No se aplican estas leyes cuando se trata de entidades pertenecientes a diferentes órbitas de gobierno (nacional, provincial o de la CABA), en que los de cada ámbito de gobierno serán de la competencia de sus superiores tribunales locales (*v.gr.*, Provincia con alguno de sus municipios, como lo prevé la Constitución mendocina en su art. 144 inc. 4) o de los tribunales federales, conforme los distintos supuestos de los arts. 116, 117 y 127 de la CN). Aplicándose los códigos procesales (*v.gr.*, art. 230 del Cód. Procesal mendocino) y no las citadas leyes de naturaleza procedimental o administrativas.

³⁷ Balbín, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, Ed. LL, 2011, Bs. As., p. 53, N° 50.

Estas últimas leyes instituyen un procedimiento arbitral a cargo del Poder Ejecutivo u órganos técnicos habilitados al efecto, con producción de prueba, informes, dictámenes y posteriores alegatos de las entidades que tienen reclamos económicos o deudas entre sí. En estos supuestos de relaciones entre entidades de una misma órbita o nivel de gobierno, el legislador ha procurado que su resolución no tenga lugar en sede judicial, para evitar que esas entidades, pertenecientes a un mismo Estado (federal o provincial –*lato sensu* considerados–), se demanden entre sí, generando incluso costas judiciales a cargo de los mismos contribuyentes que proveen los recursos de todas ellas.

De allí que esas leyes atribuyan el laudo dirimente del Poder Ejecutivo, no necesariamente por estar las partes en conflicto bajo el poder de tutela administrativa que le pudiera caber como jefe de la administración general del Estado, sino incluso, en casos que dicha jefatura no exista. Hipótesis ésta en que su función arbitral se fundará en su jefatura de Estado, que la Constitución respectiva le atribuye, tanto en el orden nacional como provincial.

7. *La intervención administrativa*

El Poder Ejecutivo o el órgano constitucionalmente competente puede intervenir entidades descentralizadas cuando concurre alguna de las siguientes *causas*: a) suspensión grave e injustificada de la actividad a cargo del ente; b) comisión de graves o continuadas irregularidades administrativas; c) existencia de un conflicto institucional insoluble dentro de la entidad.

En cuanto a su *forma*, la intervención se resuelve en acuerdo de ministros o plenario del órgano colegiado al que corresponda la atribución de tutela. El acto de intervención debe motivarse y ser comunicado en el plazo de diez (10) días al órgano legislativo para su control.

En cuanto a sus *efectos*, no implica necesariamente la caducidad de las autoridades superiores de la entidad intervenida; la separación de éstas de sus funciones deberá ser resuelta expresamente por el órgano al disponer la intervención, conforme a las disposiciones vigentes.

Las *atribuciones* del interventor son las imprescindibles para solucionar la causa que la motiva. En ningún caso tendrá mayores atribuciones que las que correspondían normalmente a las autoridades superiores del ente. En cuanto a la *imputación* de los actos del interventor en el desempeño de sus funciones se consideran realizados por la entidad intervenida, con respecto a terceros.

El *plazo* máximo de la intervención estará fijado en la ley que la regule, generalmente de meses y prorrogable. Si el acto de intervención no fija el plazo, se entiende que es el previsto en la ley habilitante. Vencido el plazo o su prórroga, la intervención caduca automáticamente y de pleno derecho, reasumiendo sus atribuciones las autoridades superiores de la entidad, si no hubieran sido separadas de sus cargos al disponerse la intervención. Si vencido el plazo de la intervención no hubiera ninguna de las autoridades superiores de la entidad que pueda asumir la dirección, el interventor lo hará saber al órgano que dispuso la intervención y al legislativo de control, continuando interinamente en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se resuelva en definitiva la integración de las referidas autoridades.

La intervención *administrativa*, que se ejerce sobre entidades descentralizadas, no debe confundirse con la intervención federal o *política*, que es la prevista en el artículo 6 de la Constitución nacional, allanando las autonomías provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁸.

Tampoco debe confundirse la regulación general que las leyes de procedimiento hacen de la intervención fiscalizadora de entidades descentralizadas (atribución de *control interadministrativo*) con otros tipos de intervenciones, también de índole administrativa, pero que respondan a otro fundamento, que generalmente es de tipo *organizativo* y pueden disponer otras leyes específicas. Además de estas de carácter organizativo³⁹, existen otras que tiene también *naturaleza de control jurídico-represivo*, pero que igualmente no deben confundirse con la aquí analizada, como por ejemplo, la intervención administrativa a personas jurídicas privadas (asociaciones, fundaciones o sociedades). Esta es administrativa por el *sujeto* que la dispone, más no por su destinataria, ni por el *derecho de fondo* aplicable a la entidad privada intervenida. La administrativa que ahora analizamos es la que se dispone sobre una entidad administrativa del Estado, por apartamiento del derecho administrativo aplicable. No la que obedece a irregularidades en la actividad de los particulares. La intervención de estas personas jurídicas privadas es materia del derecho común, civil o comercial.

El derecho administrativo aplicable en esos casos sería el policial especial para ciertas actividades o *industrias reguladas*. Son también casos de intervenciones de control interadministrativo las previstas en los marcos regulatorios de ciertos *servicios públicos*. Tienden a asegurar los principios de esas actividades privadas o servicios públicos y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por concesionarios, autorizados o prestadores.

La intervención es un procedimiento *extremo* o anormal de control represivo⁴⁰, no debiendo apelarse a él para corregir vicios usuales y sin suficiente gravedad en el funcionamiento administrativo del ente (irregularidades que no comprometan la “organización y subsistencia” de actividades del Estado). Por lo tanto, la intervención administrativa que aquí tratamos resulta de *interpretación restrictiva*, para no transformarla en un mecanismo ordinario de inmiscuirse en las administraciones descentralizadas, lo que iría en contra de las respectivas leyes de creación. De allí también la exigencia de faltas inusuales, extraordinarias o *graves* en el servicio administrativo, como las ya señaladas. No debe apelarse a este *remedio in extremis*, ante irregularidades normales u ordinarias (las que habitualmente puedan presentarse en el funcionamiento de una entidad) pero que no presentan ribetes de gravedad institucional.

³⁸ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, N° 177, pp. 534 y 535; Cassagne, *Derecho...*, *ob. cit.*, T. I, p. 215; Albarracín, *Control...*, *ob. cit.*, p. 177.

³⁹ Las que diferenciamos de las *sancionatorias*, que en este punto analizamos, en cuanto son *remedios correctivos de irregularidades graves* en el funcionamiento de una entidad descentralizada, procurando encauzar nuevamente sus actividades en el marco jurídico de su ley de creación y funcionamiento.

⁴⁰ Albarracín, *Control...*, *ob. cit.*, p. 186, lo califica como *acto institucional* o *político*.

Para estas irregularidades o corruptelas ordinarias existen los remedios normales de control preventivo (investigaciones preventivas) o represivo (denuncias simples, recursos de alzada o denuncias de ilegitimidad)⁴¹.

La intervención puede ser *sustitutiva* de los órganos normales de dirección de la entidad descentralizada (cuando estos se ven desplazados en el ejercicio de sus competencias, o directamente removidos) o *no sustitutiva* (v.gr., interventor veedor o simplemente investigador). Este último tipo de intervención constituye el principio general, a falta de disposición en contrario. Cuando el interventor se superpone a los órganos superiores de la entidad, cada uno debe actuar en el ámbito de competencias propias, determinadas por el acto de intervención y la norma orgánica de la entidad. Ni el interventor puede interferir en estas competencias normales, ni las autoridades de la entidad intervenida en las extraordinarias atribuidas al interventor, o de otra forma impedir que este cumpla con la finalidad de la intervención⁴².

Ya vimos que la competencia en materia de intervención administrativa corresponde a la autoridad que tenga la jefatura funcional sobre la parcela de la función administrativa descentralizada⁴³. Esta nos parece ser la verdadera razón por la cual el Poder Ejecutivo no puede intervenir descentralizaciones *constitucionales*, desde que no dependen de su jefatura administrativa; ni *legales*, cuando están bajo el control administrativo de otras autoridades. Menos, entonces, intervenir un municipio, que no es una mera descentralización administrativa de la Provincia, ni está bajo dependencia o tutela del Gobernador, tratándose de un verdadero gobierno autónomo de nivel departamental (art. 123 de la CN y 197 y ss. de la local)⁴⁴.

⁴¹ Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª Ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1966, p. 223; Marienhoff, *Tratado...*, *ob. cit.*, N° 223, p. 665; Cassagne, *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 215.

⁴² Explica Marienhoff, que no existiendo norma reguladora de las funciones del interventor su competencia estará determinada por las instrucciones dadas por el órgano que dispuso la intervención, de ahí la importancia de que estas claramente fijen la competencia del interventor (*Tratado...*, *ob. cit.*, N° 177, p. 536). Aclara Albarracín (*Control...*, *ob. cit.*, p. 191) que el interventor no tendrá en ningún caso facultades más extensas que las atribuidas a los órganos de la entidad intervenida, no pudiendo modificar, suspender o alterar el régimen legal de la misma, porque es un órgano de administración y no de gobierno de la persona jurídica, cuyas funciones son de mera conservación y no de innovación (p. 189).

⁴³ Explica Cassagne (*Derecho...*, *ob. cit.*, p. 338) que la intervención no requiere la existencia de una norma autorizante, siendo inherente al poder-deber de vigilancia que compete a quien ejerce la jefatura administrativa sobre la entidad. En el mismo sentido, Albarracín (*Control...*, *ob. cit.*, p. 180) señala que el fundamento de la intervención administrativa es el *poder de vigilancia o tutela* que corresponde al Poder Ejecutivo como jefe o responsable político de la administración general.

⁴⁴ En el mismo sentido, Albarracín, *Control...*, *ob. cit.*, pp. 194 y ss. Dijimos en el texto que no debiera confundirse el instituto de la intervención *administrativa* con la *política*. La primera no es, en principio, *sustitutiva*. La segunda, cuando supone una acefalía, tiene distinta *naturaleza y efectos* (v.gr., art. 207 CMza.). A su turno, la administrativa nos parece distinta también de otros procedimientos constitucionales (arts. 128 incs. 9, 10, 21 y 22; 141; 180; 185; 189; 203 inc. 3; 212 incs. 3 y 5 y 213 CM) o legales, de nombramiento y remoción de ciertos funcionarios. Estamos ante institutos jurídicos claramente diversos. Se interviene administrativamente a la entidad descentralizada (aunque en algunos casos y colateralmente pueda producirse el desplazamiento de sus autoridades superiores). Diversas son las *causales, procedimientos y efectos* de la remoción directa de un funcionario de su cargo, lo que tiene carácter individual, desde que obedece a motivos y produce efectos personales, no institucionales, como la intervención administrativa.

En cuanto a las *causales* de la intervención administrativa, ya advertimos sobre la gravedad del hecho (u omisiones) que importen suspensión de la actividad del ente y que justifique intervenirlo, desde que se trata de una medida extrema de control o fiscalización administrativa. Además de grave, la suspensión de la actividad deberá justificarse⁴⁵. Si se trata de irregularidades administrativas, aún cuando aisladamente no sean graves, podrían serlo por su continuidad. Si fuere el caso de la tercera causal, cabe aclarar que el conflicto institucional es insoluble cuando no puede remediarse por los mecanismos ordinarios a disposición del ente. Esto señala la necesidad de configuración de un problema de tal entidad que no pueda resolverse por los medios normales de gestión y control, sea en el ámbito de la misma entidad o apelando a las otras atribuciones habituales del controlante administrativo. Una anomalía justificada, que no sea grave o que pueda solucionar la entidad por sus propios medios, o el controlante por otros menos drásticos, llevaría a descartar el remedio de la intervención, porque en tal caso carecería de razonabilidad o de proporcionalidad.

La medida puede disponerse *de oficio*, a raíz de una denuncia de terceros o a petición de la misma entidad; por ejemplo, si estuviera imposibilitada de funcionar por un conflicto interno que no pueda resolver por sus propios medios⁴⁶. El interventor, en principio, no sustituye a las autoridades superiores de la entidad, por lo que no operará la caducidad de sus designaciones, salvo decisión expresa de remoción al resolverse la intervención, con sujeción a las normas aplicables⁴⁷.

Se advierten variantes en cuanto a la facultad que tengan las autoridades superiores de la entidad para impugnar el acto de intervención, o las medidas del interventor adoptadas en detrimento de sus competencias legales⁴⁸. Habrá de estarse a las particularidades de cada caso, puesto que, por un lado, debe reconocerse un legítimo interés público y responsabilidad orgánico-funcional en que no se vean alteradas las competencias descentralizadas, sea frente a un acto de intervención manifiestamente irregular, sea ante un claro exceso del interventor al ejecutar su cometido. Por otro lado, parece también evidente que cualquier disconformidad deba canalizarse, al menos como solución de principio, sólo por *reclamo* o *denuncia* ante el mismo órgano del que depende el interventor o que dispuso la intervención que se cuestione, según el caso⁴⁹.

⁴⁵ Advierte Gordillo (*Introducción...*, *ob. cit.*, pp. 224 y 225), si faltara ese requisito, el problema no lo podría solucionar el interventor (si el servicio o actividad del ente se paralizó por fuerza mayor, huelga, epidemia, calamidad natural, emergencia política o económica, etc.); la suspensión o irregular prestación de la actividad, en tal situación de verdadera imposibilidad, estaría justificada y no sería razonable intervenir la entidad.

⁴⁶ Albarracín, *Control...*, *ob. cit.*, pp. 192 y 192.

⁴⁷ Hay acuerdo en que la intervención como tipo de control *represivo* no es, en principio y necesariamente, de carácter *sustitutivo* (Marienhoff, Cassagne y demás autores ya citados).

⁴⁸ Ver el art. 78 del proyecto del profesor Agustín Gordillo para el Municipio de Mar del Plata.

⁴⁹ Señala Barra que la relación orgánica o la intersubjetiva no puede ocultar la necesidad de coordinación del sistema organizacional a la luz del principio de “*la identidad de substancia, o ‘consustanciación’ de los órganos y sujetos de la organización administrativa estatal, relativizando los derechos y remedios que puedan invocar los órganos o entes, como surge de los arts. 4 y 5 de la LNPA, con relación a los conflictos de competencia, o el art. 74 de su reglamento, en su párrafo segundo, cuando restringe a los órganos vinculados jerárquicamente la posibilidad de recurrir los actos de sus superiores. Situación distinta a la de los agentes en cuanto a la defensa de un derecho propio, aspecto en los que están asimilados a los terceros administrados. El principio de instrumentalidad de las formas jurídicas jue-*

Nos parece vidriosa la procedencia de una demanda judicial en que las autoridades intervenidas cuestionen el acto de control que las afecta, siendo difícil de imaginar que pueda hacerse por la vía del conflicto de competencia (arts. 5 y 6) o la del interadministrativo pecuniario (si hubiere afectación económica para la entidad). La excepción la encontramos acotada, más bien, a supuestos de configuración de un verdadero conflicto de poderes, en los términos explicados en el punto 6. No parece ser el caso de las autoridades superiores de la entidad descentralizada, a menos que habiendo sido removidas de sus cargos, por ese motivo demanden a título personal, *v.gr.*, reclamando algún perjuicio *personal y directo*, como podría serlo el desconocimiento de su derecho subjetivo al cargo (en caso de tener estabilidad en el mismo, no tratándose de cargos políticos o de confianza, de suyo precarios). Pero no pueden cuestionar la intervención misma del ente, ni transformarse en defensores oficiosos de competencias o intereses públicos de titularidad institucional del ente intervenido (por no ser estos últimos bienes personales).

Otra posibilidad podrían ser los cuestionamientos de autoridades legislativas competentes para controlar la intervención administrativa (*v.gr.*, mediando una resolución de alguna de las Cámaras que habilite a plantear el conflicto a su Presidente); o los legisladores a título personal, impedidos de ejercer en el recinto ese control parlamentario del acto que dispuso la intervención⁵⁰.

ga también en relación a los entes, asimismo impedidos de recurrir actos administrativos de otros entes descentralizados o de la administración central, sin perjuicio de procurar al respecto un pronunciamiento del ministerio en cuya esfera común actúen o del Poder Ejecutivo, según el caso y como prevé ese artículo reglamentario” (Tratado..., ob. cit., p. 145). En este sentido señala Tomás Hutchinson (Régimen de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549, Astrea, Bs. As., 1998, com. art. 74, pp. 327 y 328), que la CNFCA, Sala III, en el caso Wainstein (1989), dijo que los entes descentralizados (personas públicas estatales) no pueden utilizar los recursos administrativos para impugnar los actos del PE u órganos inferiores, ni de otras entidades de igual carácter. Antes bien y de forma similar a lo que se verifica en las relaciones interorgánicas, es aceptable, en cambio, que puedan peticionar ante la autoridad central competente u otros entes descentralizados, por medio de la llamada controversia interadministrativa. Lo que califica de “solución lógica” (con cita de Pearson), porque “el obrar de todos los entes públicos está signado por el bien común que les es inherente, por lo que no es por medio de los recursos como habrá de buscarse la solución de los posibles desentendimientos que se originen”, sino por las vías adecuadas: los organismos que actúan dentro de un mismo ministerio, requiriendo su resolución por éste del diferendo; si se encuentran en ámbitos de distintos ministerios, es evidente que en este caso toca estar a la decisión del nivel máximo de la administración central, lo que está así disciplinado por la ley 19.983, para las cuestiones patrimoniales. Pero el ente autárquico no puede recurrir el pronunciamiento al que, en definitiva, arribe el órgano de la Administración central que tiene atribuido el control de legitimidad. Y eso también vale para cualquier otro tipo de entidad descentralizada.

⁵⁰ La Corte mendocina ha admitido excepcionalmente la legitimación procesal activa de los legisladores, apartándose del criterio jurisprudencial, contrario de la Corte federal, que en principio les desconoce la representación procesal del cuerpo que integran o del pueblo, pudiendo sólo actuar como tales en el ámbito del órgano legislativo que integran (doctrina de Fallos 313:863; 315:2092; 322:528; 323:1423). Para que se admita la legitimación deben acreditar como legisladores actores un interés propio, pues en tales casos no accionan en representación de la cámara que integran, ni del pueblo que los eligió. Sería el caso de acreditar un agravio personal al haberse violentado sus propias atribuciones de control en un trámite irregular de aprobación del acto de intervención o del mismo interventor, pudiendo demostrar la consiguiente invalidez de ese acto bajo control legislativo. En este supuesto actuarían en defensa de la privación *personal y directa* del ejercicio de su función dentro del cuerpo que integran, *v.gr.*, al impedirseles la *discusión* del acto bajo control (en el caso, del decreto acuerdo de intervención), no ha-

El interventor representa a la autoridad que lo designa (Poder Ejecutivo u órgano constitucional controlante) en cuanto al cumplimiento de la finalidad de la intervención, estando sujeto a sus instrucciones para ello⁵¹. Pero, por otro lado, como ejerce la competencia del ente⁵², actúa por cuenta y orden de la entidad en relación a terceros. Esto en cuanto a la competencia material del interventor.

En relación al *plazo* de la intervención, la ley mendocina lo fija en tres meses, prorrogable por otros tres más. Si no se designa plazo será el primero (art. 27, primer párrafo LPAM). A su vencimiento opera automáticamente la caducidad de la intervención, debiendo reasumir sus competencias las autoridades superiores intervenidas, a menos que hubieren sido removidas o se encuentren vencidos sus mandatos (art. 27, segundo párrafo). En tal caso continuará provisoriamente el interventor, hasta que se provea la nueva integración de las autoridades superiores de la entidad. Tal situación de vacancia de los órganos normales debe comunicarla el interventor al que ejerza la tutela administrativa y a la Legislatura (tercer párrafo del 27)⁵³.

III. CONCLUSIÓN

Todos los conceptos y principios desarrollados, giran en torno a la idea central de la personalidad del Estado, conformando el capítulo de su organización administrativa, que es parte de la materia *sustantiva* o *de fondo* del Derecho administrativo (junto a otras, como el régimen legal de los *actos administrativos, contratos, reglamentos* y demás *formas jurídicas de la función administrativa del Estado*, los diversos regímenes de los *servicios públicos, servicios sociales* (educación, asistencia social, etc.) y otras formas de las múltiples modalidades de prestaciones administrativas. La parte *adjetiva* o *formal* es la referida al *procedimiento administrativo* o al trámite por el que discurre el ejercicio de esa *función administrativa* del Estado.

Esto no es una originalidad del Derecho argentino, sino más bien derivación necesaria de su sistema federal –con descentralización territorial del Poder político estatal–, donde sus estados miembros gozan de diverso grado de *autonomía*⁵⁴. Los estados miembros (en el caso argentino, las provincias y la CABA) y sus municipios o comunas, integran niveles de gobierno diversos del Estado central o nacional.

berse dado el *quórum* necesario para su tratamiento o *votación* en el recinto (SCJM, Sala I, 08/09/2011, causa N° 98.063, *FICARRA, Mariano y ots. c/Prov. de Mendoza s/Acc. Inc.*).

⁵¹ Advierte Cassagne que las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el interventor se rigen por los principios de la jerarquía, lo que funda la competencia para impartirle órdenes o instrucciones específicas de cómo ejercer su misión (*Derecho...*, *ob. cit.*, p. 338); Albarracín, *Control...*, *ob. cit.*, p. 190. Marienhoff explica que “*tratándose de la intervención administrativa, el órgano interventor es un representante de la autoridad de control*” (*Tratado...*, *ob. cit.*, N° 177, p. 535).

⁵² “*En materia de competencia del órgano interventor -ya se trate del interventor político o del interventor administrativo- la regla es que aquélla no puede ser mayor o más extensa que la del órgano intervenido, pero puede ser menor*” (Marienhoff, *Tratado...*, *ob. cit.*, N° 177, p. 536); Albarracín, *Control...*, *ob. cit.*, p. 191.

⁵³ Sarmiento García y Petra Recabarren, *Ley...*, *ob. cit.*, com. arts. 23/27, pp. 48/50.

⁵⁴ Recordamos que no debe confundirse a la descentralización *administrativa* con la *política*, que suponen, respectivamente, los conceptos diversos de *autarquía* (administrativa) y *autonomía* (política).

No es entonces sorprender que, a la par del derecho público federal que rige en todo el territorio nacional, tales estados miembros de la unión federal queden también sujetos a otro derecho público, pero de carácter local.

La Constitución nacional garantiza a cada uno de aquellos estados federados sus propias instituciones, rigiéndose por ellas. Más allá que su propio derecho público local, en lo que es competencia delegada a la Nación, esté sometido al derecho público federal, en lo demás, goza de plena autonomía. Es el *principio de jerarquía constitucional* (arts. 5 y 31 CN) el que, al mismo tiempo, permite la coexistencia del derecho constitucional y administrativo federal con los locales (arts. 1, 5, 121, 123, 129 y concordantes de la CN).

Tales derechos públicos, federal y locales, sin embargo, no son *especiales o singulares* de cada uno de esos sujetos estatales, sino que conforman su *derecho común*, un verdadero sistema de normas y principios directamente aplicables, sin perjuicio del recurso a la analogía o supletoriedad del derecho –también *general, común o de fondo*– que rige las relaciones jurídicas entre los particulares, e incluso a ciertos actos o sujetos estatales, cuando se someten instrumental y especialmente al Derecho civil o laboral.

13. PRINCIPIO DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Claudia NIKKEN*

Resumen: En el marco de los desafíos actuales para la defensa de los principios fundamentales del derecho público en la reconstrucción del Estado venezolano se introduce el principio de la garantía de los derechos humanos. El estudio pretende mostrar los grandes problemas teóricos que plantea el principio y, por supuesto, la situación práctica en que se encuentra actualmente; esto en tres partes: (I) la garantía de los derechos humanos como obligación supraconstitucional del Estado; (II) la recepción del deber de garantizar los derechos humanos en la “Constitución” de 1999 y; (III) el incumplimiento sistemático de la obligación de garantizar los derechos humanos por parte del Estado venezolano.

Palabras claves: Derechos humanos, convencionalidad, progresividad, supraconstitucionalidad, estado de excepción.

Abstract: In the context of the current challenges that represent the defense of the fundamental principles of public law in the reconstruction of the Venezuelan state, is duly introduced the principle of the guarantee of human rights. The study aims to show the great theoretical problems posed by the principle and, of course, the practical situation in which it is currently; this in three parts: (I) the guarantee of human rights as a supraconstitutional obligation of the State; (II) the reception of the duty to guarantee human rights in the 1999 “Constitution” and; (III) the systematic breach of the obligation to guarantee human rights by the Venezuelan State.

Key words: Human Rights, conventionality, progressivity, supraconstitutionality, état de siege.

En el marco de los *desafíos actuales para la defensa de los principios fundamentales del derecho público en la reconstrucción del Estado venezolano* se ha introducido, como tema obligatorio, el principio de la garantía de los derechos humanos. El estudio que se presenta en las páginas siguientes pretende mostrar en general los grandes problemas teóricos que plantea el principio y, por supuesto, la situación práctica en que se encuentra actualmente, a más de 20 años de la entrada en *vigencia* de la “Constitución” el 30 de diciembre de 1999.

Por razones metodológicas, y rogando que ello no sea catalogado como un *adelanto de opinión*, antes de continuar se me hace indispensable explicar por qué, en este

* Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela (Caracas, Venezuela). Profesora en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Abogado de la Universidad Central de Venezuela. DEA (máster) en Derecho Público Interno de la Universidad *Panthéon-Assas* (París II). Doctora en Derecho de la Universidad *Panthéon-Assas* (París II). Correo electrónico: claudia.nikken@gmail.com.

análisis, se coloca el término *constitución* entre comillas: como he expresado ya en varias partes, el Estado venezolano carece en la actualidad de una constitución escrita y rígida¹, no ya porque desde el momento mismo de su sanción esa “Constitución” era jurídicamente inaplicable, sin contar las diversas modificaciones irregulares de las que ha sido objeto; sino porque el Tribunal Supremo de Justicia ha invalidado la norma fundamental de esa “Constitución” y su positivación. Hoy en día, es posible afirmar que Venezuela ni siquiera cuenta con una *constitución formal*, no solo como consecuencia del proceso de desmantelamiento que ha sufrido, sino en particular luego de la convocatoria y posterior instalación de una asamblea nacional constituyente entre julio y agosto de 2017, que no tiene ningún sustento en la realidad jurídica o política y que, además, sistemáticamente interviene el ordenamiento jurídico sin base en la supuesta “Constitución” formal² y que, aparentemente, será “disuelta” si haber cumplido su misión³.

Luego de la digresión anterior, y excusándome por la licencia de hablar en primera persona del singular, me limito a señalar que este capítulo está dividido en tres partes: (I) la garantía de los derechos humanos como obligación supraconstitucional del Estado; (II) la recepción del deber de garantizar los derechos humanos en la “Constitución” de 1999 y; (III) el incumplimiento sistemático de la obligación de garantizar los derechos humanos por parte del Estado venezolano.

I. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO OBLIGACIÓN SUPRACONSTITUCIONAL DEL ESTADO

La *supraconstitucionalidad* es un concepto que apela a la idea de algo que se encuentra por encima de la constitución de un Estado determinado.

En el caso de los derechos humanos se dice que, como consecuencia de su *progresividad* y su *inherencia a la persona humana*, la obligación estatal de garantizarlos es *supraconstitucional*. Si esto no fuera suficiente, para el caso de los Estados que así lo han *convenido* –entre los cuales el venezolano– la obligación de garantizar los derechos humanos es una obligación jurídica –no meramente natural o moral–, que se encuentra por encima de su constitución e, incluso, de su soberanía.

¹ Nikken, Claudia. “Sobre la invalidez de una constitución”, en *El Derecho Público a Comienzo del Siglo XXI - Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, T. I, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 206-218. Nikken, Claudia, “Constitución y ‘bloqueo de la constitucionalidad’”, en *El Derecho Público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980 – 2005*, EJV, Caracas, 2006, pp. 69-87. Nikken, Claudia, “La Ley Orgánica de los Consejos Comunales y el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos”, en *Leyes Orgánicas del Poder Popular y el Estado Comunal (los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunista)*, Col. Textos Legislativos N° 47, EJV, Caracas 2011, pp. 187-188. Nikken, Claudia, *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional*, Col. Monografías N° 10, EJV - CIDEP, Caracas, 2018, pp. 44-45.

² Sobre esto, ver Brewer-Carías, Allan R. y García Soto, Carlos (coord.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*, Temis - Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá - Caracas, 2017.

³ Lozano, Daniel. “Nicolás Maduro anuncia la disolución de la Asamblea Nacional Constituyente”, publicado en el *Diario El Mundo* de Madrid el 18/08/2020; disponible en <https://www.elmundo.es/internacional/2020/08/18/5f3bfbfc6c8361348b460e.html>

1. *La supraconstitucionalidad de la obligación estatal de garantizarlos como consecuencia de la progresividad de los derechos humanos y su inherencia a la persona humana*

La constitución es la norma que ocupa el lugar más alto en la jerarquía de las normas. Ese es el enunciado básico del principio de la supremacía constitucional. Eso responde, primero, a que la constitución es el acto “fundacional” que emana del titular de la soberanía; y segundo de que es la constitución la que determina quién y cómo han de dictarse las demás normas jurídicas. En consecuencia, lógicamente, nada está ni podría estar sobre de la constitución; de manera que todas las normas jurídicas que se dicten a partir del acto fundacional deben ser conformes o, al menos, compatibles con la constitución.

Lo expresado es válido si nos referimos una constitución rígida –no a una flexible–⁴, pues la misma constitución establece que ella no puede ser modificada sino mediante los procedimientos especiales que ella establece y; por sobre todas las cosas, si el análisis se propone desde el punto de vista del *iuspositivismo* por oposición al *iusnaturalismo*.

Sin plantear aquí todos los problemas que derivan de esas oposiciones, y suponiendo –tenemos que suponerlo– que es válido el principio de la supremacía constitucional, ¿puede hablarse de alguna supraconstitucionalidad?

Para responder a esa pregunta, como lo hemos planteado en otra parte, es muy útil partir de una de las distinciones obligadas de la ciencia del derecho constitucional, construida desde las teorías de Hans Kelsen y Carl Schmitt⁵, referidas a la constitución positiva o ley constitucional, por una parte y; por la otra, a la norma fundamental y la decisión política fundamental⁶. Esa distinción, que se refiere a una norma escrita o positiva y a su fundamento jurídico no escrito y superior a aquella, permite sostener que la norma fundamental de Kelsen es supraconstitucional en la *forma*, mientras que la decisión política fundamental de Schmitt pretende serlo en el *fondo*.

⁴ En el caso de las constituciones flexibles, es el juez constitucional -o el intérprete auténtico de la constitución- quien determina, en última instancia, hasta qué punto es aplicable o resulta oponible la supremacía de la constitución, es decir, si tal supremacía existe.

⁵ Como cada vez que hago la comparación, aprovecho para advertir que, si bien soy lectora de Carl Schmitt y considero que su aporte al estudio del derecho constitucional es incuestionable y, además, que es de estudio obligatorio; al leer y estudiar su obra, no puedo desconocer que elaboró una teoría jurídica para defender el régimen hitleriano, lo que ha permitido decir de él que fue un “jurista comprometido” (Beaud, O. “Carl Schmitt ou le juriste engagé” - Prólogo a la traducción francesa de la *Théorie de la constitution*, Col. Léviathan, PUF, Paris, 1993, pp. 113). En cuanto a ello se ha dicho que, “el compromiso del jurista conservador y nacionalista, parcialmente disimulado durante la República de Weimar, se hizo manifiesto en el III Reich”. También que, “[e]studiada a través del doble prisma de la obra anterior y la obra posterior, la Teoría de la Constitución aparece en la misma luz: es el producto de un proceso de eufemización de tesis políticamente radicales concluido gracias al recurso del autor al arte de escribir” (pp. 113).

⁶ Nikken, Claudia. *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional*, op. cit. pp. 54-61.

La norma fundamental establecería cómo debe adoptarse la “primera” constitución *positiva*, mientras que la segunda –la decisión política fundamental– se referiría al contenido de esa constitución o ley constitucional⁷.

Sin más explicaciones que nos alejarían del tema, lo que se subraya de lo expuesto es que, aun colocándonos desde la perspectiva del iuspositivismo, se admite que existen normas supraconstitucionales contenidas en lo que se califica aquí –por razones académicas y éticas– como *norma fundamental*, que atienden no solo a la forma en que ha dictarse una *nueva* constitución, sino también a su contenido esencial. Esta *norma fundamental* solo podría ser modificada –en principio– por el titular del poder constituyente, es decir, en ejercicio de la soberanía.

La *ley constitucional* venezolana contiene a diversas disposiciones que pueden ser consideradas como parte de su norma fundamental. En el ámbito que desarrollamos, siguiendo una *tradición* originada en la Constitución de 1858⁸, el texto de 1999, en su artículo 22, postula que: “[l]a enunciación de los derechos y garantías constitucionales contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como la 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”.

Ese enunciado normativo –que podría no aparecer en el derecho positivo– es, precisamente, lo que justifica la idea propuesta como título de este acápite: el deber del Estado de garantizar los derechos humanos es *supraconstitucional*, lo que en el caso no solo supone que se encuentra por encima de su constitución, sino de la soberanía⁹, como consecuencia de la aplicación del principio de progresividad.

En efecto, el término “progresividad”, en el ámbito de los derechos humanos, significa que estos tienden a expandirse de modo continuado e irreversible, lo que incide “[tanto en] el número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales” una diversidad de ór-

⁷ Cfr. Kelsen, Hans. *La théorie pure du droit*, [2^a ed. (1962) Trad. Charles Eisenmann], Bruylant – LGDJ, París, 1999, pp. 193-226; Schmitt, Carl. *Théorie de la constitution*, Trad. Olivier Beaud, Col. Léviathan, PUF, París, 1993, 211-228.

⁸ Seguramente inspirada de la novena enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. Esa primera cláusula, contenida en el artículo 28, establecía lo siguiente: “[l]a precedente enumeración de derechos no debe entenderse como una negación de cualesquiera otros derechos que puedan corresponder a los individuos, y que no estén comprendidos en este título”. Luego, la redacción de la norma cambió así: “La anterior enumeración no coarta a los Estados la facultad de acordar a sus habitantes otros derechos” [1864 (15); 1874 (15); 1881 (15); 1891 (15); 1893 (15); 1901 (18); 1904 (18); 1909 (24); 1914 (17)]; para reaparecer posteriormente: “La precedente enumeración no debe entenderse como una negación de cualesquiera otros derechos que puedan corresponder a los ciudadanos (venezolanos, habitantes) y que no estén comprendidos en este Título” [1909 (25); 1914 (18); 1914 (23); 1922 (23); 1925 (33); 1928 (33); 1929 (33); 1931 (33); 1936 (33); 1945 (34); 1947 (25); 1953 (32)]. La última formulación fue la del artículo 50 de la Constitución de 1961: “La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como la 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”.

⁹ Nikken, Pedro. “El concepto de derechos humanos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T. I, IIDH, San José, 1994, p. 23. Disponible en <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf>

ganos, internos e internacionales, “pueden afirmar y salvaguardar su vigencia”¹⁰. Por ello, terminan convirtiéndose en un límite para las generaciones futuras, que solo podrán *progresar* en la materia.

La progresividad como concepto se vincula de manera indisoluble con la “*inherencia*” de los derechos humanos a la persona humana, pues “*se trata de una verdad que se tiene por evidente en sí misma, [aunque] a la hora de establecer su fundamento apare[zc]an divergencias y contradicciones notables*”¹¹. Sin embargo, la acumulación de catástrofes originadas en la opresión creó la conciencia universal necesaria para construir una formulación jurídica fundada sobre una ideología común de toda la humanidad, cuyos valores se hallarán en todas las doctrinas políticas, sociales y religiosas¹², de manera que una de las características de los derechos humanos es el acuerdo universal sobre su supremacía, con abstracción de su fundamento¹³.

En efecto, al menos los Estados que forman parte del sistema de la Organización de las Naciones Unidas tienen el deber, por encima de sus constituciones, de garantizar los derechos humanos; pues de acuerdo con el artículo 1.3 de la *Carta*¹⁴, entre los propósitos de la Organización cuenta realizar la cooperación internacional “en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, lo cual se concreta en el artículo 55.c, que establece que la Organización promoverá “*el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades*”; a efecto de lo cual, en los términos del artículo 56, sus miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente para la realización, entre otros, de ese propósito. En este marco se inserta, finalmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que viene a ser el instrumento más aceptado para determinar el alcance de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos¹⁵.

¹⁰ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Cívitas - IIDH, Madrid, 1987, pp. 17-18. Una manifestación de esa irreversibilidad se encuentra, por ejemplo, en que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no es susceptible de denuncia. *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 26, 66° período de sesiones (1997); disponible en http://ccprcentre.org/page/view/general_comments/27770.

¹¹ Nikken, Pedro, “El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su efecto sobre Venezuela”, en *Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos - Libro Homenaje a Alirio Abreu Burelli*, Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad Monteávila - Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2011, pp. 252.

¹² *Ídem*, pp. 255-256.

¹³ Así, por ejemplo, desde el punto de vista del *iusnaturalismo*, la inherencia a la persona humana de los derechos humanos es la consecuencia normal de que el orden jurídico tenga su arraigo esencial en la naturaleza humana. Desde el punto de vista del *positivismo*, la certeza de los derechos humanos depende de su consagración positiva; es una mera conquista histórica, fruto de grandes luchas sociales, sin raíces individuales ni teológicas (Nikken, Pedro, *ibidem*, p. 253).

¹⁴ Suscrita el 26 de junio de 1945 y entrada en vigor el 24 de octubre del mismo año. Texto disponible en <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

¹⁵ Sobre el carácter obligatorio de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ver Nikken, Pedro, “La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Cien-*

En virtud de todo lo expuesto, la violación de los derechos humanos no es una mera inmoralidad o un pecado; es una transgresión del orden jurídico que acarrea responsabilidad para el perpetrador y para el Estado, y derecho de reparación para la víctima¹⁶.

2. *La positivación de la obligación supraconstitucional de garantizar los derechos humanos*

Como ya se dijo, la violación de los derechos humanos es una transgresión del orden jurídico que acarrea responsabilidad para el perpetrador y para el Estado, y derecho de reparación para la víctima. Más aún, el derecho interno no es óbice para el cumplimiento, por parte de un Estado, de sus obligaciones internacionales –incluidas aquellas adquiridas en materia de derechos humanos–, ni siquiera su constitución.

En todo caso –y por eso se habla aquí de *positivación*–, en los tratados sobre derechos humanos se encuentra usualmente una disposición que expresamente obliga a los Estados parte a garantizar el cumplimiento de las obligaciones por ellos asumidas mediante ellos o, lo que significa la misma cosa, a garantizar en su ámbito interno los derechos humanos a los que se refiere el instrumento. Esta obligación general se ha visto complementada, especialmente en los últimos años, en virtud del desarrollo de lo que se ha denominado *control de convencionalidad*.

A. *Diversas fórmulas mediante las cuales se obliga a los Estados a garantizar en el ámbito interno los derechos humanos recogidos en un tratado internacional*

Existe un deber general de los Estados de cumplir los tratados internacionales que ha suscrito *de buena fe*, no pudiendo invocar disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales¹⁷. En materia de derechos humanos, es posible afirmar que todos los tratados incluyen una cláusula mediante la cual los Estados se obligan, no solo a cumplir con los compromisos contraídos mediante los mismos, sino específicamente a adaptar su ordenamiento jurídico para asegurar el cumplimiento de esas obligaciones. Donde aparece más claramente esa obligación

cias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, N° 75, 1990, pp. 330-349; disponible en http://www.ulpianoorg.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/75/rucv_1990_75_329-349.pdf

¹⁶ Nikken, Pedro, “El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su efecto sobre Venezuela”, *op. cit.*, pp. 257-258.

¹⁷ Aunque algún Estado no haya ratificado aún la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (disponible en http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf), es lo cierto que, por la vía consuetudinaria, los principios que allí se recogen son de obligatoria observancia. En particular, los tratados deben ser cumplidos de buena fe (artículo 26) y, además, los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de sus obligaciones (artículo 27). Esto último quiere decir, entre otras cosas, que el ordenamiento jurídico interno debe adaptarse al tratado y, sobre todo, que no se puede legislar o actuar *contra* el tratado, ni siquiera con base en el derecho interno. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 35; disponible en https://www.cor.teidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf.

es en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁹.

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe en su artículo 2.2 que “[c]ada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

En un primer momento, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas –sobre cual hablaremos unas líneas más abajo–, expresó, que corresponde a los Estados determinar el método de aplicación del Pacto en sus territorios, que no se circunscribe exclusivamente a la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, señalando que eso *suele ser insuficiente*; advirtiendo que la obligación analizada “no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción”²⁰.

Transcurridos más de veinte años, el mismo Comité advierte que²¹, de acuerdo con el artículo 2.2, a los Estados se les impone una obligación jurídica general “de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción”, la cual deben cumplir de buena fe, como lo prescribe un “principio claramente especificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, que implica que los Estados no pueden invocar “disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado”. Sigue diciendo el Comité que, “a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados Partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto”, lo cual es de efecto inmediato y no está sujeto a ningún tipo de condición, ni su incumplimiento “puede estar justificad[o] alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado”.

Por su parte, y en el mismo orden, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que, “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencio-

¹⁸ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/12/1966; vigente desde el 23/3/1976. Publicado en la Gaceta Oficial N° Extr. 2.146 del 28/01/1978. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

¹⁹ Adoptada en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22/11/1969; vigente desde el 17/07/1978. Publicada en la Gaceta Oficial N° 31.256 del 14/06/1977. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm. La Convención fue denunciada por Venezuela el año 2012, a lo cual nos referiremos más adelante.

²⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 3, 13° período de sesiones (1981); disponible en http://ccprcentre.org/page/view/general_comments/27821.

²¹ Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 31, 80° período de sesiones (2004); disponible en http://ccprcentre.org/page/view/general_comments/27758.

nados en el Artículo 1^o no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Con respecto a esa disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que el artículo recoge una norma consuetudinaria del derecho de gentes, reconocida como válida universalmente y calificada por la jurisprudencia como “principio evidente”, con relación, precisamente, al deber que se impone al Estado que ha celebrado un tratado internacional de introducir en su derecho interno “*las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas*”²³. En ese sentido, la misma Corte ha señalado que el artículo 2 “*implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación de las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*”²⁴. A eso se suma, por supuesto, que los Estados parte no pueden dictar medidas que violen los derechos garantizados por la Convención²⁵, o dejar de tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos²⁶.

A la formulación de la obligación, expresamente impuesta, de dar cumplimiento a los tratados en referencia se suma que, en cada uno de ellos, se ha definido un sistema que asegure su cumplimiento.

En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se creó el Comité de Derechos Humanos²⁷, con competencia, entre otros asuntos, para “recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de [algún Estado parte] y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto”²⁸.

²² El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a la obligación de respetar los derechos, y establece lo siguiente: “1. *Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. / 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.*

²³ Corte IDH, *ob. cit. Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 16/08/2000. Serie C. N° 68, párr. 136.

²⁴ Corte IDH, *ob. cit. Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 18/08/2000. Serie C. N° 69, párr. 178.

²⁵ Corte IDH, *ob. cit. Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia del 12/11/1997. Serie C. N° 35, párr. 97.

²⁶ Corte IDH, *ob. cit. Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 29/09/1999. Serie C. N° 56, párr. 166.

²⁷ Ver Parte IV del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁸ Artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/12/1966; vigente desde el 23/03/1976 y; publicado en la Gaceta Oficial N° Extr. 2.146 de 28/01/1978. Texto disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>. El Comité, en general, está llamado a controlar el cumplimiento del Pacto por los Estados parte a través de dos mecanismos. El primero, se refiere a la

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos instituyó la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹ que, con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creada mediante la Carta de la Organización de Estados Americanos³⁰, conforma el Sistema Interamericano de Derechos Humanos³¹. Esa Corte es una institución judicial autónoma, llamada a aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de dos mecanismos: uno jurisdiccional³², y otro consultivo³³.

Precisamente con base en la obligación de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas mediante tratados internacionales sobre derechos humanos surge el denominado “control de convencionalidad”, como mecanismo de garantía (adicional) de su supraconstitucionalidad.

B. *El control de convencionalidad*

El control de convencionalidad es una técnica de control jurisdiccional³⁴, que consiste en determinar si las leyes y demás actos estatales son conformes o no a los tratados internacionales sobre derechos humanos³⁵.

La definición que acaba de presentarse es más amplia a la que normalmente se emplea, que tiene como término de referencia a la Convención Europea de Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De hecho, por eso se habla de control de *convencionalidad*.

evaluación de los informes que deben presentar obligatoriamente los Estados (artículo 40); el segundo, al conocimiento de denuncias presentadas por otros Estados parte (artículo 41) y por individuos o grupos de individuos, como ya se vio.

²⁹ Ver Capítulo VII de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁰ Ver artículo 52 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

³¹ Se puede ver un análisis histórico institucional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp#1>. Para un estudio más profundo, Christian Steiner y Patricia Uribe (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung – Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, 2014. Puede consultarse una versión digital en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

³² Ver artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³³ Ver artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁴ Cuando se utiliza el término “jurisdiccional” no se lo hace como sinónimo del término “judicial”, sino en el sentido *funcional* que le acordaba Duguit (Cfr. León Duguit, *Lecciones de derecho público general (impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad egipcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926)*, Col. Teoría constitucional y Derecho, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2011, pp. 124-131), pues si bien existen verdaderos tribunales internacionales llamados a asegurar el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos que les conciernen, otros tratados se limitan a crear órganos que podrían ser calificados como “administrativos”, que cumplen la misma función aunque sus actos no se denominen “sentencias”.

³⁵ Sobre este tema, ver Ayala Corao, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Col. Estudios Jurídicos N° 98, EJV, Caracas, 2012. Ver también Cuadernillos de jurisprudencia de la CorteIDH N° 7, en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>; Brewer-Carías, Allan R. *Derecho administrativo y control de convencionalidad*, disponible en <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/1,%201,%201100,%20Dcho.%20Admin.%20y%20control%20Convencionalidad.%20San%20Jose%202015.pdf>; Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *El concepto de convencionalidad - Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de Derechos Humanos Ideas fuerza rectoras*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

Ahora bien, en tanto y en cuanto mediante (todos) los tratados internacionales sobre derechos humanos, los Estados partes asumen la obligación, como se vio, de adaptar su ordenamiento y su actuación a tales tratados, el control de convencionalidad no tendría que limitarse solo a esos específicos instrumentos. Claro que, de todas maneras, el control de convencionalidad debe verse desde dos ángulos, y es allí donde, en el estado actual del derecho, existen diferencias importantes.

En efecto, el control de convencionalidad puede ser interno o internacional. El interno “es el que debe ser ejercido por todos los órganos del poder público de los Estados en el ámbito de sus competencias”³⁶; mientras que, en el caso americano, se entiende que el control internacional de convencionalidad “es ejercido de manera general por los órganos de protección internacional dispuestos en la [Convención Americana sobre Derechos Humanos]³⁷; en el europeo, por los análogos de la Convención Europea de Derechos Humanos y; en general, debe entenderse que se trata de aquel ejercido por los distintos órganos instituidos por diversos tratados para asegurar su cumplimiento.

En el ámbito interno, cada órgano del poder público debe determinar si la actuación que está por emitir o ejecutar es conforme o no a los tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado de que se trata³⁸; lo cual es función primordial de los tribunales y, donde existen, de los tribunales constitucionales. En el último caso se habla de *control judicial interno de convencionalidad*³⁹.

El control de convencionalidad, que ya se aplicaba, por ejemplo en Francia desde la década de los años 80 del siglo XX⁴⁰, aparece por primera vez con dicha denominación en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* en 2006⁴¹, aunque con anterioridad, en ciertos votos individuales, se había hecho una aproximación conceptual al control de convencionalidad.

En el ámbito internacional, es, digamos, la labor que ejercen los órganos jurisdiccionales –judiciales o no– encargados por los Estados parte de velar por el cumplimiento de las obligaciones por ellos asumidas mediante los diferentes tratados sobre dere-

³⁶ Ayala Corao, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, op.cit., p. 120.

³⁷ *Ídem*, p. 125.

³⁸ Cfr. García Ramírez, Sergio. “Sobre el control de convencionalidad”, *Pensamiento Constitucional*, N° 21, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016; disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18704/18945>. Ver también Sierra Zamora, Paola Alexandra, Cubides Cárdenas, Jaime y Carrasco Soulé, Hugo, “El control de convencionalidad: aspectos generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho colombiano”, *Jus Público* 17, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18605/1/El-control-de-convencionalidad_Cap02.pdf

³⁹ Al respecto, cfr. García Ramírez, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, en *El control difuso de convencionalidad*, FUNDA, pp. 211-243. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27771.pdf>.

⁴⁰ Ver Dutheillet de Lamothe, Olivier, *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France*, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2009/controle-de-conventionnalite-et-contrrole-de-constitutionnalite-en-france.147129.html>

⁴¹ Corte IDH. *ob. cit. Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

chos humanos. Como se trata de su función natural, no hay un real desarrollo del tema, más allá del estudio de los estándares empleados para establecer los casos de violación de los tratados⁴².

Puede decirse que, a pesar de la notoriedad que ha adquirido, particularmente con motivo de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el control de convencionalidad que es tan viejo como los tratados que incluyen órganos encargados de velar por su cumplimiento, y se ha venido aplicando pacíficamente desde su entrada en vigencia⁴³.

Seguidamente veremos cómo fue recibida la obligación de garantizar los derechos humanos impuesta al Estado venezolano en la “Constitución” de 1999.

II. LA RECEPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS EN LA “CONSTITUCIÓN” VENEZOLANA DE 1999

No sin razón, se ha dicho que la “Constitución” venezolana de 1999 introdujo “*un buen número de disposiciones novedosas, incluso inéditas, en lo que concierne a los derechos humanos*”, no solo porque recogió jurisprudencia de avanzada de la Corte Suprema de Justicia, sino también porque incluyó “*disposiciones de vanguardia, tanto en el concepto general relativo al respeto y garantía debidos a los derechos humanos, como en el enunciado de los derechos protegidos*”⁴⁴.

En la segunda parte de este capítulo se pretende subrayar algunas de esas *disposiciones de vanguardia*, cuya introducción formal en el texto constitucional es –a no dudarlo– el mecanismo para recibir en el ordenamiento interno la obligación de garantizar los derechos humanos. A partir de esas disposiciones, seguidamente se mostrarán brevemente el régimen general de los derechos humanos y su sistema de garantías, en los términos de la “Constitución”.

1. *El régimen general de los derechos humanos en la “Constitución”*

Para aproximarnos al régimen general de los derechos humanos en la “Constitución” hay que partir de su artículo 19, que encabeza la carta de derechos que ella contiene⁴⁵. Allí se establece, sin ambages, que *el respeto y garantía de los derechos humanos son obligatorios para los órganos del poder público y, en concreto, para el Estado*.

⁴² Cfr. Ayala Corao, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, op. cit., pp. 131-162.

⁴³ Ver Brewer-Carías, Allan R. *Derecho administrativo y control de convencionalidad*, p. 1; disponible en <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%201100,%20Dcho.%20Admin.%20y%20control%20Convencionalidad.%20San%20Jose%202015.pdf>

⁴⁴ Nikken, Pedro. “Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999”, en *La Constitución de 1999*, Serie Eventos N° 14, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2000, p. 337. A pesar de esos avances, desde su entrada en vigencia, se hizo notar que también existen “notorias contradicciones entre estos nuevos conceptos y otros dispositivos de la novísima Constitución”; lo que “entraña una contradicción conceptual, la cual sólo podrá resolverse cuando la Constitución se aplique o, más concretamente, cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sea llamado a resolver las imprecisiones o contradicciones del nuevo Texto Constitucional” (*idem*).

⁴⁵ *Artículo 19 de la “Constitución*: El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente

De la norma derivan además los siguientes *principios*: A) el régimen de los derechos humanos está definido en la “Constitución”, en los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República y, en las leyes dictadas para desarrollarlos; B) los derechos humanos son *progresivos* y; C) el goce y ejercicio de los derechos humanos es universal, irrenunciable, indivisible e interdependiente. Veamos qué quieren decir esos principios

A. *Las fuentes de los derechos humanos*

El primero de los principios aludidos nos remite a las *fuentes* de los derechos humanos, es decir, a las *normas* de los cuales *emergen* y que fundamentan su obligatoriedad⁴⁶.

En ese sentido, vale recordar que, en el marco de la tradición constitucional venezolana⁴⁷, pero atendiendo al principio de progresividad, además de contener un catálogo, la “Constitución” mantiene el reconocimiento general de los derechos inherentes a la persona, que incluye ahora a las personas morales (artículo 22)⁴⁸. Además, entre sus innovaciones, estableció una verdadera *norma de conflicto* cuyo objeto es resolver las eventuales antinomias que podrían surgir de las obligaciones internacionales del Estado venezolano en materia de derechos humanos y el orden constitucional interno (artículo 23)⁴⁹, al establecer que, entre la “Constitución” y el tratado, el intérprete debe aplicar la norma más favorable al goce y ejercicio del derecho de que se trate.

Con base en lo expresado, son fuentes de derechos humanos la “Constitución” —que no solo contiene un catálogo abierto, sino que es ella misma en cierto modo *flexible*⁵⁰; los tratados internacionales ratificados por la República; algunas leyes —o reglamentos— que definan derechos inherentes a la persona, otros instrumentos internacionales y, en general, todas las fuentes del derecho internacional que igualmente se refieran a *derechos inherentes a la persona*, incluida la jurisprudencia⁵¹.

de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

⁴⁶ Terré, François. *Introduction générale au droit*, Dalloz, París, 1996, p. 143.

⁴⁷ Ver nota 8.

⁴⁸ *Artículo 22 de la Constitución*: 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.

⁴⁹ *Artículo 23 de la Constitución*: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

⁵⁰ A esta conclusión se llega cuando se entiende que la “Constitución” ya no es la única fuente del derecho constitucional, como se expresa en Nikken, Claudia. *Consideraciones...*, *op. cit.*, pp. 78-82.

⁵¹ Sobre este aspecto, ver Ayala Corao, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, *op. cit.*, pp. 125- 131; Hennebel, Ludovic. *La jurisprudence du Comité des droits de l’homme des Nations Unies* (Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle), Col. Droit et Justice N° 77, Bruylant, París, 2007, pp. 29-30, 36-37; Meier García, Eduardo. *La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las*

Por otra parte, está establecido que si un tratado internacional ratificado por la República contiene un régimen más favorable que aquella en cuanto al goce y ejercicio de algún derecho, ese tratado es de aplicación preferente. De ahí que, en Venezuela, se hable de la *supraconstitucionalidad* de los tratados sobre derechos humanos⁵².

B. *La progresividad de los derechos humanos*

En cuanto a la *progresividad* de los derechos humanos hay muchas cosas que decir. Para respetar el espacio que se nos ha acordado, nos limitaremos a señalar que la progresividad “es una característica propia de los derechos humanos en toda su dimensión jurídica, constitucional e internacional”⁵³, que se presenta como un fenómeno y como un concepto, cuyo denominador común es la liberación del *ser humano*, o cuando menos su *lucha contra la opresión por el Estado*⁵⁴.

Como ya se vio, la progresividad como *concepto* se vincula de manera indisoluble con la “inherencia” de los derechos humanos a la persona humana, lo que acarrea, entre otras consecuencias, la “irreversibilidad” de esos derechos.

La irreversibilidad implica que “[u]na vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental”⁵⁵.

Por ello, por ejemplo, cuando el derecho inherente a la persona humana aparece en un tratado internacional, de ser denunciado dicho tratado, “la denuncia no tendría efecto sobre la calificación de los derechos que en él se han reconocido como inherentes a la persona. El Estado denunciante solo se libraría (...) de las obligaciones internacionales contraídas por el tratado y, desde luego, de los mecanismos internacionales para reclamar su cumplimiento (...), pero no del reconocimiento de los derechos humanos que la convención denunciada postuló como ‘inherentes a la persona humana’”⁵⁶.

C. *La universalidad, indivisibilidad e interdependencia, inalienabilidad, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del goce y ejercicio de los derechos humanos*

Para terminar con los principios que se desprenden del artículo 19 de la “Constitución”, hay que hablar de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia; así como de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad de los derechos humanos; consecuencias todas de su inherencia a la persona (humana).

prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional, Serie Estudios N° 105, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014, pp. 5-11.

⁵² Nikken, Pedro. “Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999”, *op. cit.*, pp. 343-344.

⁵³ Nikken, Pedro. “El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su efecto sobre Venezuela”, *op. cit.*, pp. 210.

⁵⁴ *Ídem*, p. 211.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 260.

⁵⁶ *Ídem*, pp. 264.

La *universalidad* implica que los derechos corresponden a toda persona, sin discriminación alguna; en principio a la persona humana, pero sabemos que la “Constitución” fue más allá, reconociendo los derechos incluso a las personas morales, al eliminar de la fórmula constitucional tradicional que recoge el actual artículo 22 el adjetivo “humana”.

La *indivisibilidad e interdependencia* de los derechos se traducen, primero, en que “[n]o se admiten divisiones ni jerarquías entre los derechos humanos (...). Tampoco es admisible (...) que se respeten unos derechos, mientras se vulneran otros”. Además, “la violación de uno acarrea a menudo la violación de otros”⁵⁷.

La *inalienabilidad e imprescriptibilidad* de los derechos se traduce, por último, en que “[n]adie puede ser despojado de sus derechos humanos, bajo ninguna circunstancia, lo que no impide que estén sujetos a limitaciones legítimas y compatibles con ellos, tanto ordinariamente, como bajo circunstancias de excepción”⁵⁸.

Adicionalmente, y con relación a la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los derechos humanos, el artículo 19 constitucional señala que su goce y ejercicio es “irrenunciable”, es decir, que a ello no se debe o no se puede renunciar, abandonar; no se puede o no se debe prescindir voluntariamente del goce y ejercicio de los derechos. Esto se traduce en que todos los derechos son irrenunciables, de modo que no tiene efecto ningún acto de abandono voluntario de los derechos, menos aún uno forzado⁵⁹.

Lo anterior, en todo caso, debe atarse a la previsión constitucional contenida en el artículo 25, de acuerdo con la cual son absolutamente nulos los actos que violen o menoscaben los derechos constitucionalmente garantizados, y personalmente responsables los funcionarios que los ordenen o ejecuten; lo que quiere decir, en definitiva, que los derechos constitucionales –los derechos humanos–, sin distinción, son de orden público *supraconstitucional*.

Delineado el marco del régimen general de los derechos humanos en Venezuela, veremos ahora el sistema de garantías previsto en la “Constitución”.

2. *El sistema de garantías de los derechos humanos en la “Constitución”*

Hablar del sistema de garantías de los derechos humanos en la “Constitución” es complejo y, mucho más, en un espacio de tiempo y espacio tan breve. Por ello, lo que se presenta aquí, muy sintéticamente y solo en términos de principios, es cómo debe el Estado proceder para que los derechos humanos sean efectivamente ejercidos en el ámbito interno, para luego mostrar cómo se recoge en la “Constitución” la garantía de esos derechos en el ámbito internacional.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 259.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 259-260.

⁵⁹ La *Constitución* declara como *irrenunciables* algunos derechos de manera específica: los derechos laborales (artículo 89.2) y; por interpretación en contrario, el derecho de los hijos ser criados, formados, educados, mantenidos y asistidos por sus padres (artículo 76). Sin embargo, de la lectura de las normas en cuestión no aparece un régimen especial de *irrenunciabilidad* para los derechos laborales o familiares, de modo que no tiene ningún significado especial esa formulación.

A. *La garantía de los derechos humanos en el ámbito interno*

Al desarrollar a la garantía constitucional de los derechos humanos en el ámbito interno, se hace un sobrevuelo sobre su garantía general, sobre la reserva legal como garantía esencial y, por último, sobre su garantía judicial, como garantía fundamental.

a. *La garantía general de los derechos humanos*

La garantía general de los derechos humanos se expresa en el artículo 25 de la “Constitución”, de acuerdo con el cual *es nulo* todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos que ella protege; sin perjuicio de la responsabilidad (civil, penal o *administrativa*⁶⁰) en la que incurren los funcionarios que los ordenen o ejecuten, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores. Esa norma se complementa con lo previsto en el artículo 30, que obliga al Estado a indemnizar a las víctimas de violaciones de derechos humanos que le sean imputables.

A partir de esas normas puede decirse que la garantía general de los derechos humanos, de acuerdo con la “Constitución”, se fundamenta, por una parte, en la nulidad de los actos que los violen o menoscaben y; por la otra, en la responsabilidad de los funcionarios y/o del Estado⁶¹.

El tema, a simple vista, aparece sencillo, pero no lo es.

Con relación a la *nulidad* se hace indispensable determinar con claridad qué significa “acto” en el artículo 25 de la “Constitución”, pues la violación de los derechos humanos puede derivar no solo de actos jurídicos propiamente dichos, sino también de actos preparatorios o de trámite y de actos de ejecución, especialmente si se trata de actuaciones materiales; y también de omisiones. En cuanto a la *responsabilidad*, que es además uno de los principios fundamentales del poder público⁶², la “Constitución” contiene diversas disposiciones referidas a los distintos regímenes de responsabilidad aplicables tanto a los funcionarios como al Estado, con especial referencia a los administradores y jueces, por una parte y; por la otra, a la responsabilidad del Estado administrador y el Estado-juez⁶³. La aplicación de esas normas también suscita una serie de interrogantes sobre cuestiones esenciales que no alcanzamos ni siquiera a plantear en este espacio.

b. *La reserva legal, garantía esencial de los derechos humanos*

La reserva legal es una garantía de los derechos humanos que se presenta como una característica del constitucionalismo moderno, y que, por ser esencial, se impone como

⁶⁰ Uso en este espacio el término “administrativa” para calificar una de las formas de responsabilidad exigibles a los funcionarios que ordenen o ejecuten actos violatorios de derechos humanos, porque es el término empleado por la “Constitución”; sin embargo, lo correcto es hablar de responsabilidad *disciplinaria*.

⁶¹ Es el sistema preconizaba la Constitución de 1961 (artículo 46), la cual, sin embargo, no hacía referencia expresa a la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos humanos que le fueran imputables.

⁶² Artículo 6 de la “Constitución”.

⁶³ En general, ver el artículo 139 de la “Constitución”. En materia de responsabilidad penal por la comisión de delitos contra los derechos humanos, ver el artículo 29. Sobre la responsabilidad judicial, ver los artículos 26 y 49.8. Sobre la responsabilidad administrativa, ver el artículo 140.

obligación desde el derecho internacional. Así lo recogen, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁴; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵ y; la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁶.

En ese orden, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva número 30, advierte que las limitaciones o restricciones que se admiten a los derechos humanos deben ser emitidas en *leyes*, entendidas como “actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”, *con la finalidad principal de proteger los derechos esenciales del ser humano y crear circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad*⁶⁷.

En la “Constitución” de 1999, la reserva legal en materia de derechos humanos está recogida en el artículo 156.32⁶⁸, con lo que se imponen límites en la materia no solo al poder ejecutivo y a la administración⁶⁹, sino también a los órganos legislativos de estados y municipios⁷⁰. Esto así, en principio, solo mediante leyes (orgánicas) dictadas por la Asamblea Nacional pueden establecerse limitaciones o restricciones a los derechos humanos⁷¹, sin perjuicio de su desarrollo por leyes especiales u ordinarias o, incluso por leyes locales.

⁶⁴ Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁵ En este instrumento no hay una disposición que específicamente recoja el principio de la reserva legal en materia de derechos humanos. Sin embargo, en diversas disposiciones, al referirse a las limitaciones o restricciones que pueden aplicarse a ciertos derechos, o al régimen de su ejercicio, se señala que tanto las primeras como el último deben estar establecidos en *leyes*.

⁶⁶ Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El significado de la palabra “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva, OC-6/86 del 9 de marzo de 1986. Serie A, N° 6, párr. 36.

⁶⁸ El artículo 156 de la “Constitución” define las materias que son competencia del poder nacional, por oposición al poder estatal y el poder municipal. En el numeral 32 se refiere específicamente a “[l]a legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales”. En complemento, el artículo 203 califica como *orgánicas*, entre otras, las leyes que se dicten “para desarrollar los derechos humanos”, lo que debe estudiarse con cuidado, porque toda ley, de una manera u otra, desarrolla derechos humanos.

⁶⁹ Con respecto a la administración -y con ello me refiero a *toda* administración-, la reserva legal se traduce en la prohibición de limitar o restringir el goce y ejercicio de los derechos humanos mediante reglamentos y, mucho menos, mediante actos llamados *individuales* dictados sin fundamento en una *ley*. Se insiste en que la limitación no solo se refiere a la “administración” que se ordena jerárquicamente bajo el jefe del gobierno (nacional, estatal o municipal), sino también a todos los órganos que ejercen el poder público y que se manifiestan, entre otras posibles actuaciones, a través de actos jurídicos de rango sublegal, dictados al término de un procedimiento administrativo (por oposición al procedimiento judicial). Esto ocurre con los órganos del poder ciudadano y del poder electoral, pero también con los del poder judicial e incluso del poder legislativo.

⁷⁰ Con relación a estos, lo que la reserva legal implica es que si bien estados y municipios, en ejercicio de sus respectivas competencias, pueden emitir actos de carácter legislativo que limiten o restrinjan el goce o ejercicio de los derechos humanos, como la propiedad o el libre tránsito, esos actos deben tener fundamento en una ley nacional que funja como *marco* y que aquellas *desarrollen* en sus respectivos ámbitos territoriales.

⁷¹ Hay que decir que, en Venezuela, existe la posibilidad de que las *leyes* sean sancionadas popularmente mediante referendo. Han sido establecido, en ese sentido, un referendo aprobatorio de leyes (artículo 73) y un referendo abrogatorio de leyes, que tiene por única finalidad remover una ley -total o parcialmente- del ordenamiento jurídico (artículo 74). En este último caso se exceptúan, entre otras, las leyes

Ahora bien, como incluso se admite en la ya referida Opinión Consultiva número 30 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷², la Asamblea Nacional puede habilitar al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, dicte decretos con rango y fuerza de ley⁷³. La *ley habilitante*, además de que debe ser sancionada por las tres quintas partes de los diputados, debe “establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al [Presidente de la República]”, debiendo fijar el plazo de su ejercicio⁷⁴.

Hay que decir que este procedimiento legislativo *extraordinario* es criticado incluso desde antes de su puesta en práctica, pues –entre otras cosas– deja a la absoluta discrecionalidad de la Asamblea Nacional determinar las materias objeto de la delegación⁷⁵. Lamentablemente el tiempo y el espacio no nos permiten ahondar en el análisis⁷⁶, pues debemos referirnos, necesariamente, a la *derogación* de la reserva legal en caso de estado de excepción.

En efecto, la “Constitución” establece una salvedad con relación a la garantía de la reserva legal cuando “*circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, [afecten] gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, [y] a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos*”, caso en el cual puede el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, declarar el estado de excepción, con facultades para restringir temporalmente las garantías de los derechos humanos consagradas en la “Constitución”⁷⁷, mediante un decreto cuyo objeto, además de la declaratoria per se, es establecer el orden normativo que permitirá la vuelta a la normalidad y, especialmente, regular el ejercicio del o los derechos constitucionales cuya garantía se restringe⁷⁸.

Si lo anterior es cierto, también es cierto, para comenzar, que las circunstancias aludidas solo justificarían la excepción de la garantía de la reserva legal, pero no la garantía del núcleo del derecho afectado. Además, hay derechos con relación a los cuales la garantía de la reserva legal es *intangibile*.

Este régimen de estado de excepción representa, sin duda, algunos avances con relación a regímenes anteriores, pero también tiene importantes defectos a los cuales tam-

de amnistía y aquellas *que protegen, garantizan o desarrollan los derechos humanos*. En los demás casos, no vemos cómo puede limitarse esa forma de legislación.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El significado de la palabra “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva, OC-6/86 del 9 de marzo de 1986. Serie A, N° 6, párrs. 35 y 29, referidos en ese orden.

⁷³ Artículos 203 y 236.8 de la “Constitución”.

⁷⁴ Artículo 203 de la “Constitución”.

⁷⁵ Nikken, Pedro. “Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999”, *op. cit.*, p. 349.

⁷⁶ Hay una multiplicidad de trabajos que se refieren a los defectos de la institución en Venezuela. Por ejemplo, existen tres números de la Revista de Derecho Público publicada por la Editorial Jurídica Venezolana dedicados total o parcialmente al estudio del tema: N° 115 (2008); N° 130 (2012) y; N° 143-144 (2015). En el último número también se hace el estudio de los estados de excepción.

⁷⁷ Artículo 337 de la “Constitución”.

⁷⁸ Artículo 339 de la “Constitución”.

poco podemos referirnos en este espacio por razones de tiempo y espacio⁷⁹. Sí haremos referencia a lo que en el marco del estado de excepción se califica como *derechos intangibles*, como refuerzo de la garantía de la reserva legal.

La “Constitución” se refiere a esos derechos *intangibles* en su artículo 337, de cuyo texto se concluye que se trata de aquellos cuya garantía no puede ser objeto de restricción en estado de excepción, a diferencia de los demás. Eso quiere decir que, aun en un estado de excepción, se mantiene vigente el régimen legal aplicable a su goce y ejercicio.

Según la enumeración contenida en la norma referida, se trataría del derecho a la vida (artículo 43), de la prohibición de incomunicación o tortura (artículos 44.2 y 46.1), del derecho al debido proceso (artículo 49) y del derecho a la información (artículos 58, 28, 66 y 143). Habría, además, otros derechos *intangibles*, según expresa la norma. Algunos están señalados en la “Constitución” como es el caso del derecho de amparo (artículo 27) y el derecho a no ser sometido a desaparición forzada (artículo 45), pero *otros no*.

Por aplicación de los artículos 22 y 23 constitucionales, esos *otros derechos* se encuentran –o pueden encontrarse– en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, entre otros instrumentos; en concreto, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁰, pues ambos instrumentos contienen una regulación del estado de excepción, en cuyo marco algunos derechos son calificados como intangibles en el sentido ya definido. En adición, hay que tomar en consideración la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción⁸¹, que recoge ese catálogo íntegro en su artículo 7 e incluso lo amplía⁸².

Lo anterior son claramente unas *pinceladas* con relación al tema de la reserva legal como garantía esencial de los derechos humanos.

c. *La garantía judicial, garantía fundamental de los derechos humanos*

El andamiaje del sistema de garantías de los derechos humanos debe contar, necesariamente, con una organización dotada de autonomía, independencia y fuerza ejecutoria para protegerlos en caso de violación o de desconocimiento.

⁷⁹ Casal, Jesús María. “Los estados de excepción en la Constitución venezolana de 1999, *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, p. 45; Nikken, Claudia. “Aproximación crítica a la regulación de los estados de excepción en Venezuela”, en *Reformas constitucionales, Ius et Praxis - Derecho en la región*, año 8 - N° 1, Universidad de Talca, Talca, 2002, pp. 171-198; Sira Santana, Gabriel. *Los estados de excepción a partir de la Constitución de 1999*, Col. Monografías N° 5, EJV - CIDEP, Caracas, 2017.

⁸⁰ Con relación a esto, una brevísima nota: al menos en el ámbito interno, sobre la base del principio de progresividad recogido en el artículo 19 y en virtud de lo establecido en el artículo 22 de la “Constitución”, a pesar de la denuncia en 2012 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los eventuales derechos humanos designados como tales en ella son *derechos intangibles*. Cfr. Nikken, Pedro. “El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su efecto sobre Venezuela”, *op. cit.*, p. 260.

⁸¹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.261 de 15/08/2001.

⁸² Puede consultarse más sobre este tema en Nikken, Claudia. *Los derechos humanos intangibles (según la Constitución venezolana de 1999)*, en proceso de edición para su publicación, cuyo manuscrito está disponible en https://www.academia.edu/43935480/LOS_DERECHOS_HUMANOS_INTANGIBLES_SEGUN_LA_CONSTITUCION_VENEZOLANA_DE_1999

De acuerdo con los principios del Estado de derecho, esa organización es en regla general la organización judicial⁸³.

La “Constitución” de 1999, en su amplio articulado, contiene numerosas normas que recogen otro tanto de preceptos indisociables de la garantía de los derechos humanos. Se pasa desde el estatuto mismo del poder judicial, al derecho de acceso a la justicia para hacer valer los propios derechos e intereses y al derecho al debido proceso⁸⁴, pasando por unas específicas características de la justicia, que se ofrece como “*gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles*”⁸⁵.

De acuerdo con la voluntad constituyente, existen otros órganos llamados a colaborar con el poder judicial, especialmente, en materia de derechos humanos: el Ministerio Público⁸⁶ y la entonces recién creada Defensoría del Pueblo⁸⁷, cuyos superiores jerárquicos integran el Consejo Moral Republicano, órgano de Poder Ciudadano⁸⁸.

Esa *organización* debe velar por que se produzcan las consecuencias establecidas en los artículos 25 y 30 de la “Constitución”, es decir, la nulidad de los actos de los órganos del poder público que violen o menoscaben los derechos humanos; la responsabilidad de los funcionarios que ordenen o ejecuten tales actos; y la responsabilidad del Estado por hechos violatorios de los derechos humanos que le sean imputables. Para ello cuentan con un intrincado sistema de procedimientos judiciales que no vale la pena referir aquí.

Solo nos limitaremos a mencionar la acción de *amparo constitucional*, prevista en el artículo 27 de la “Constitución”, como derecho humano en sí mismo y como medio judicial específicamente destinado a la protección de los derechos humanos, que tiene por finalidad el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella⁸⁹.

⁸³ Se hace el comentario, pues existen Estados en los cuales existen dos órdenes de jurisdicción, una propiamente judicial y la otra administrativa, donde cada uno, en la esfera de sus competencias, está llamado a garantizar los derechos humanos. El caso más conocido es el de Francia.

⁸⁴ Ver artículos 2, 26, 49, 254, 255, 25 y 257 de la “Constitución”.

⁸⁵ Artículo 26 de la “Constitución”.

⁸⁶ Artículo 285, numerales 1 y 2, de la “Constitución”. De acuerdo con la norma, el Ministerio Público cuenta entre sus atribuciones, como lo hacía bajo la vigencia de la Constitución de 1961, garantizar el respeto a los derechos humanos en los procesos judiciales y la celeridad y buena marcha de la administración de justicia.

⁸⁷ Artículo 280 de la “Constitución”. Según la norma, la Defensoría del Pueblo tiene por misión “la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en [la] Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos”.

⁸⁸ Artículo 273 de la “Constitución”.

⁸⁹ La literatura sobre el amparo constitucional es amplísima. Explica la institución desde su inclusión en la Constitución de 1961, pasando por la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 1988, hasta llegar al régimen que le es aplicable según -supuestamente- la “Constitución” de 1999. Ver, entre tantas obras, Brewer-Carías, Allan R., Ayala Corao, Carlos y Chavero Gazdik, Rafael *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Col. Textos Legislativos N° 8, EJV, Caracas, 2016.

Lamentablemente no existen en Venezuela otras vías de acción especialmente destinadas a dar garantía a los derechos humanos. Falta, por ejemplo, la legislación que defina los delitos contra los derechos humanos⁹⁰ o, en general, a los regímenes de responsabilidad aplicables a los funcionarios que violen derechos humanos. Incluso, falta que se incluyan en la legislación los tipos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁹¹.

Dicho esto, se hace necesario advertir que la garantía judicial de los derechos humanos aparece también en el marco de los así calificados por el constituyente como “derechos inviolables”, y que son aquellos cuya limitación o restricción dependen de la intervención de un juez⁹². Se habla, en ese sentido, de la inviolabilidad de la libertad personal (artículo 46); del hogar doméstico y todo recinto privado (artículo 47) y; de las comunicaciones privadas en todas sus formas (artículo 48). También son *inviolables* en el sentido aludido el derecho de propiedad (artículos 115 y 116) y el derecho a la protección de la vida privada, intimidad personal y familiar y confidencialidad (artículo 60). En todos esos casos, para la preservación de los derechos de que se trate, es indispensable la intervención del juez.

Dicho esto, hay que advertir que, más allá de ese papel de garante de los derechos humanos que deriva la puesta en marcha de procesos judiciales que terminan con una sentencia, recordando la textura abierta de la “Constitución” en ese ámbito, el juez tiene otro, de similar importancia, que consiste en establecer –a falta de texto escrito– cuáles derechos son inherentes a la persona y que, por ello, son susceptibles de su especial protección. Es un papel que corresponde, aunque no únicamente, sí en última instancia, al Tribunal Supremo de Justicia, intérprete auténtico de la “Constitución”⁹³.

B. *El derecho a la protección internacional de los derechos humanos*

El último artículo del capítulo que la “Constitución” de 1999 destina a desarrollar las *disposiciones generales* referidas a los DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS (y a los deberes) recoge el derecho de toda persona “a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”; que tiene como contrapartida el deber del Estado de adoptar “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los órganos internacionales previstos en este artículo”⁹⁴.

⁹⁰ Referidos en el artículo 29 de la “Constitución”. En ese ámbito, solo ha sido dictada la Ley Especial para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, publicada en la Gaceta Oficial N° 40.212 de 22 de julio de 2013.

⁹¹ El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1° de julio de 2002. Fue publicado Gaceta Oficial N° 5.507 Extr. del 13/12/2000. El texto está disponible en [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

⁹² Por supuesto que no nos referimos al derecho a la vida y al derecho a la defensa y la asistencia jurídica, declarados ambos como inviolables, y que no aceptan ningún tipo de limitación o restricción.

⁹³ Artículo 335 de la Constitución. Con relación a ese tema, ver Nikken, Claudia. *Consideraciones...*, *op. cit.*, pp. 112-119.

⁹⁴ Artículo 31 de la Constitución.

Como ya se explicó, antes de la inclusión de esta disposición en la “constitución”, habiendo ratificado una serie de instrumentos internacionales en ese sentido, el Estado venezolano tenía ya la obligación de adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los órganos internacionales que, en ejercicio de sus respectivos mandatos, hubieran acordado *amparar* a alguna persona sujeta a su jurisdicción, toda vez que, a fin de cuentas, como ya se vio, estaba obligado a poner en práctica todas las disposiciones de esos instrumentos, sin excepción.

Sin embargo, es ciertamente una *innovación* del constituyente de 1999 –muy bien recibida en su momento⁹⁵– considerar como un *derecho humano* el acceso a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los cuales forme parte el Estado venezolano; el cual tiene como expresa contrapartida la obligación del Estado de tomar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a lo decidido por los órganos que formen parte de esos sistemas.

Con relación a ello, en su momento se dijo que la norma “[agregaba] como nota inédita en nuestro hemisferio, el derecho de petición o denuncia individual ante los órganos de protección internacional de los derechos humanos, con el correlativo deber de rango constitucional, al cargo del Estado, de dar cumplimiento a las decisiones de tales órganos”⁹⁶.

Lo penoso es que, a pesar de todas las innovaciones descritas, el Estado venezolano ha incumplido de manera sistemática su obligación de garantizar los derechos humanos.

III. EL INCUMPLIMIENTO SISTEMÁTICO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL ESTADO VENEZOLANO

Pasados veinte años desde la promulgación de la “Constitución”, se constata que, como lo había expresado premonitoriamente Pedro Nikken, si bien “la nueva Carta Fundamental contiene extraordinarias bases para la defensa de los derechos humanos; (...) al mismo tiempo contiene el germen para su ilegítima restricción”⁹⁷.

En efecto, como veremos seguidamente, en su aplicación y, más concretamente, en virtud de la intervención de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para, supuestamente, “resolver las imprecisiones o contradicciones del nuevo Texto Constitucional”⁹⁸, lo que se ha producido es, primero, el desconocimiento de la obligación *supraconstitucional* de garantizar los derechos humanos y, luego, de manera flagrante, el desconocimiento del régimen constitucional de los derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a los procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

⁹⁵ Nikken, Pedro. “Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999”, *op. cit.*, p. 345.

⁹⁶ *Ídem*, p. 343.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 359.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 337.

1. *El desconocimiento de la obligación supraconstitucional de garantizar los derechos humanos*

El desconocimiento, por parte del Estado venezolano, de su obligación supraconstitucional de garantizar los derechos humanos se ha manifestado de múltiples maneras. En este espacio, nos limitamos a mirar, primero, la abierta negación de la supraconstitucionalidad de los derechos humanos, que se concretó en la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y de la Carta de la Organización de Estados Americanos).

El germen de la negación de la supraconstitucionalidad de los derechos humanos apareció antes de que la “Constitución” alcanzara un año de vigencia, en la sentencia Servio Tulio León⁹⁹, mediante la cual la Sala Constitucional *inventó* el recurso de interpretación constitucional y su procedimiento¹⁰⁰; advirtiendo que, entre los “casos” en que se justifica esa acción autónoma, dos están directamente vinculados con los artículos 23 y 31 de la “Constitución”.

En efecto, la Sala Constitucional afirmó que la “Constitución” y los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen “igual rango” en la jerarquía de las normas, partiendo de una cita parcial(izada) del artículo 23 constitucional: “*los tratados pactos y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno*”, con lo cual se eliminó que esa prevalencia está sujeta a que los tratados, pactos y convenios “*contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República*”¹⁰¹.

Sobre esa base, la Sala Constitucional señala que visto el contenido del artículo 23 constitucional, y ante las posibles “antinomias” que pudieran existir entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y la “Constitución” –normas que tendrían “igual rango”–, se justifica que ella se pronuncie sobre cuál de las normas debe prevalecer. Más adelante, la Sala alude a “los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulguen las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos”.

⁹⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1077, del 22/09/2000, *Servio Tulio León (interp. Arts. 26 y 27 de la Constitución)*; disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/sep-tiembre/1077-220900-00-1289.HTM>

¹⁰⁰ No es difícil darse cuenta de que el constituyente facultó al Tribunal Supremo de Justicia para “[c]onocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley” (artículo 266.6 de la “Constitución”), y no para conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de la “Constitución”; lo que excluye la posibilidad de que se cree, ni siquiera por vía legislativa, semejante forma de acción judicial. El Tribunal Supremo de Justicia, en especial su Sala Constitucional, es el intérprete auténtico de la “Constitución”, función que cumple y debe cumplir en el marco del ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales. Nada más. Esto lo afirmó el Magistrado Héctor Peña Torrelles en el voto concurrente expresado en la sentencia comentada.

¹⁰¹ Con esa posición, la Sala Constitucional contradujo, sin explicación alguna, un precedente fundamental sentado por ella misma en el ámbito del contencioso administrativo, contenido en la sentencia *Elecentro y Cadelá* dictada el 14 de marzo del mismo año 2000, identificada con el N° 87, apenas unos seis meses más temprano; disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/87-140300-0581.HTM>

Poco tiempo después, la Sala Constitucional desarrolló una tesis de acuerdo con la cual podrían existir derechos humanos inconstitucionales¹⁰², para terminar “inventando” el control de la constitucionalidad –luego de “convencionalidad”– de las decisiones de los organismos sobre derechos humanos, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto, primero, en sentencia del 18 de diciembre de 2008, conocida como *Corte Primera de lo Contencioso administrativo*¹⁰³; luego, por sentencia del 17 de octubre de 2011, conocida como *Leopoldo López Mendoza*¹⁰⁴; y en otros como en el caso resuelto el 10 de septiembre de 2015, conocido como *RCTV*, donde directamente se habla del “control de convencionalidad” de las decisiones de la Corte¹⁰⁵.

Venezuela terminó denunciando la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 2012¹⁰⁶, como lo había solicitado la Sala Constitucional en 2008 y 2011 y; más recientemente la Carta de la OEA en 2017¹⁰⁷ –para escapar, entre otras instituciones del sistema, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, como una especie de “bravuconada”, tomando en consideración que, más allá del tiempo de dos años que debe transcurrir entre la denuncia de la Carta y su eficacia, el Estado debe cumplir todas las obligaciones internacionales derivadas de la misma¹⁰⁸, con lo cual está todavía en mora¹⁰⁹.

¹⁰² Esto puede estudiarse a través de cuatro sentencias emblemáticas, dictadas por la Sala Constitucional: *Eliás Santana* (Nº 1013, del 12/06/2001; disponible <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1013-120601-00-2760%20.HTM>); *Hermann Escarrá Malavé (Interpretación de los artículos 57 y 58 de la Constitución)* (Nº 1309 del 19/07/2001, disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.HTM>); *Rafael Chavero Gazdik (Leyes de desacato)* (Nº 1942 del 15/07/2003, disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.HTM>); *Ziomara del Socorro Lucena* (Nº 1265 del 05/08/2008, disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1265-050808-05-1853.HTM>).

¹⁰³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nº 1939 del 18/12/2008, *Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (Ejecución sentencia Corte IDH)*; disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.HTML>

¹⁰⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nº 1547 del 17/10/2011, *Leopoldo López Mendoza (Ejecución sentencia Corte IDH)*; disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML>

¹⁰⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nº 1547 del 10/09/2015, *RCTV (Control de convencionalidad sentencia Corte IDH)*; disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/181181-1175-10915-2015-15-0992.HTML>

¹⁰⁶ Ver al respecto C. Ayala Corao, *Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela*, disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/articulo/texto/AD_PUB-MONTEAVILA/6/ADPUB_2012_6_185-206.pdf

¹⁰⁷ Ver *Venezuela presenta la solicitud formal para salirse de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, en BBC Mundo, del 28 de abril de 2017. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-39753590>

¹⁰⁸ Ver *Carlos Ayala afirma que retirarse de la OEA sería una pretensión absurda de aislamiento institucional en DDHH*, entrevista realizada por J. Peralta para PROVEA el 27 de abril de 2017. Disponible en <https://www.derechos.org.ve/actualidad/carlos-ayala-afirma-que-retirarse-de-la-oea-seria-una-pretension-absurda-de-aislamiento-institucional-en-ddhh>

¹⁰⁹ La situación es hoy más compleja, como se recoge en *¿Venezuela se retira de la OEA este sábado o no? Depende a quién preguntes*, artículo de la Agencia EFE del 26 de abril de 2019; disponible en <https://www.efe.com/efe/usa/politica/venezuela-se-retira-de-la-oea-este-sabado-o-no-dependera-a-quieng-preguntes/50000105-3962114>. Más aún, el gobierno interino de Juan Guaidó designó un representante, que fue admitido y que representa a Venezuela en la Organización, como puede leerse en *El enviado de Guaidó asume como embajador de facto de Venezuela ante la OEA*, artículo de la Agencia EFE

Con ese proceder, a fin de cuentas, lo que desconoce el Estado venezolano es que los derechos inherentes a la persona están por encima de la “Constitución” y que, por más que denuncie tratados sobre derechos humanos para evitar la exigencia internacional de su cumplimiento y para respetar el principio mismo, esa supraconstitucionalidad persiste¹¹⁰.

2. *El desconocimiento del régimen constitucional de los derechos humanos*

Cuando analizamos la recepción, en la “Constitución”, de la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos, trabajamos, en primer lugar, el régimen general de esos derechos, para luego aproximarnos al sistema de garantías que les atañe diseñado por el constituyente.

En ese momento, hicimos referencia únicamente al *texto*. Observando su aplicación, lo que se constata es que se ha dado al traste tanto con el aludido régimen general de los derechos humanos, como con su sistema de garantías.

A. *El desconocimiento del régimen general de los derechos humanos inscrito en la “Constitución”*

El régimen general de los derechos humanos parte de lo dispuesto en el artículo 19 de la “Constitución”, que ya fue analizado. Como se vio, la norma determina las *fuentes* de los derechos humanos; la *progresividad* de esos derechos y; por último, una serie de características que derivan de su inherencia a la persona.

No tenemos aquí el espacio suficiente para mostrar cómo ha sido desmontado el contenido de la norma, por lo que nos limitaremos a algunos ejemplos concretos.

En cuanto a las *fuentes* de los derechos humanos, ya vimos que, prácticamente desde la entrada en vigencia de la “Constitución” se dio un tratamiento falaz a los tratados internacionales sobre derechos humanos, sobre la base de una errónea interpretación del artículo 23 constitucional, negando su supraconstitucionalidad.

Con relación a la *progresividad* de los derechos humanos habría un sinnúmero de ejemplos para traer aquí, a comenzar por el derecho de petición internacional, al cual nos referiremos más adelante. Vale la pena hablar del caso de la acción de amparo constitucional, pues al tiempo que es un medio judicial específicamente establecido para garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos, es también en sí mismo un derecho humano¹¹¹.

En ese sentido, habría que recordar que la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 21 de mayo de 1996, declaró la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que establecía el denominado amparo *inaudita parte*, pues resultaba groseramente violatorio del derecho a la defen-

del 10 de abril de 2019; disponible en <https://www.efe.com/efe/america/politica/el-enviado-de-guaido-asume-como-embajador-facto-venezuela-ante-la-oea/20000035-3949549>.

¹¹⁰ Ver Eduardo Meier García, *op. cit.*, pp. 83-87.

¹¹¹ Ver artículo 27 de la “Constitución”.

sa¹¹². Contrariando esa doctrina, que impuso la necesidad de sustanciar un procedimiento previo al otorgamiento de un mandamiento de amparo, por breve y sumario que este fuera, la Sala Constitucional ha instituido el denominado amparo *in limine litis*, sea para declararlo improcedente –en casi todos los casos–, o bien para otorgarlo, sin juicio previo y, por supuesto, sin que pueda intervenir en su defensa aquel contra quien obra el mandamiento¹¹³, con la consecuencia de que su incumplimiento es tipificado como delito, de acuerdo con el artículo 31 de esa ley.

Con respecto al desconocimiento sistemático de las demás características de los derechos humanos y, por ende, del contenido del deber del Estado de garantizarlos, habría también un sinfín de ejemplos.

De hecho, al momento en que se escriben estas líneas, Venezuela atraviesa una emergencia humanitaria compleja sin comparación en el continente¹¹⁴, al tiempo que se señala al Estado como el autor de masivas violaciones de los derechos humanos¹¹⁵, precisamente desde el desconocimiento de sus características esenciales: universalidad, indivisibilidad e interdependencia; inalienabilidad, imprescriptibilidad e irrenunciabili-

¹¹² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 21/05/1996, *Artículo 22 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, en Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, 1996, 5, pp. 41-45.

¹¹³ Una sentencia muy ilustrativa en cuanto a la regresividad del derecho de amparo es la dictada por la Sala Constitucional el 22 de junio de 2020, identificada con el N° 75. Allí se hace un recuento jurisprudencial acerca del amparo *in limine litis* y, para censurar la incorrecta aplicación de esa jurisprudencia al caso concreto, principalmente por haberse violado el derecho al debido proceso, se lo hace a través de un amparo... *¡in limine litis!* La sentencia está disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/309877-0075-22620-2020-20-0203.HTML>

¹¹⁴ Esto fue constatado -nuevamente- a principios de noviembre de 2019 por el responsable de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de la ONU (Noticias ONU, *La situación humanitaria en Venezuela continúa deteriorándose*, 6/11/2019). Puede verse en <https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991>). La emergencia humanitaria compleja ha supuesto, incluso, un *Plan de Respuesta Humanitaria* preparado y gestionado por la Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA por sus siglas en inglés), aplicable entre julio y diciembre de 2019, en principio (El Plan de Emergencia Humanitaria para Venezuela puede leerse en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/20190814%20HRP_VENEZUELA.pdf). Sobre la “emergencia humanitaria compleja”, ver Alí Daniels, *Emergencia humanitaria compleja en Venezuela*, Acceso a la Justicia, disponible en <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2019/07/Emergencia-humanitaria-compleja-en-Venezuela.pdf>.

¹¹⁵ Ver Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela (2019); disponible en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx. Ver igualmente actualizaciones orales presentadas por la Alta Comisionada en la 42ª sesión del Consejo de Derechos Humanos el 09/09/2019 (disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24958&LangID=S>) y la 44ª sesión del mismo Consejo del 02/07/2020 (disponible en <http://onu.org.ve/discurso-de-la-alta-comisionada-para-los-derechos-humanos-michelle-bachelet-ante-el-consejo-de-derechos-humanos/>). Ver, por último, el informe “Interdependencia del sistema de justicia y acceso a la justicia, incluyendo violaciones a los derechos económicos y sociales en la República Bolivariana de Venezuela, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco” (2020); disponible en https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session44/Documents/A_HRC_44_54_UnofficialSpanishTranslation.pdf.

dad. La crisis migratoria, solo comparable hoy con la de Siria¹¹⁶, y el atterradoramente deficiente tratamiento de la epidemia de COVID-19 son muestra suficiente de ello¹¹⁷.

Al final, en la práctica, se ha dado al traste con el sistema de garantías de los derechos humanos.

B. *El desconocimiento del sistema de garantías de los derechos humanos*

El sistema de garantías de los derechos humanos definido por el constituyente en 1999 fue destruido por los órganos llamados a aplicarlo, trátase de las garantías del derecho interno, como del derecho de petición internacional.

a. *El desconocimiento de las garantías de los derechos humanos de derecho interno*

El desconocimiento sistemático de las garantías de los derechos humanos que la “Constitución” establece y que están llamadas a operar en el ordenamiento jurídico interno deriva de múltiples factores. El principal es la *destrucción de la garantía judicial* que, como se dijo, es fundamental en el marco de la protección de los derechos humanos.

En efecto, es el poder judicial quien no declara la nulidad de los actos violatorios de los derechos humanos, o establece en última instancia la responsabilidad individual de los funcionarios que los ordenan o ejecutan o la del Estado si le es imputable. Es el poder judicial quien no controla los abusos incurridos, primero, en las leyes habilitantes y, luego, en la ejecución de esas leyes por el Presidente de la República. Es también el poder judicial quien no controla los abusos cometidos por el Presidente de la República en el ejercicio de sus poderes excepcionales. Es el poder judicial, en definitiva, quien no ampara a los ciudadanos en el goce y ejercicio de sus derechos humanos, incluyendo el de sus inviolables derechos a la vida y la libertad personal¹¹⁸.

El asunto es de tal gravedad que, en este momento, a pesar de que la Constitución establece expresamente que el funcionamiento de los poderes públicos no se interrumpe en caso de estado de excepción¹¹⁹, el poder judicial está paralizado desde el 16 de marzo de 2020 en virtud del estado de alarma decretado desde el 13 de marzo de 2020 y pro-

¹¹⁶ Ver ACNUR, *Situación en Venezuela*, disponible en <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>. Ver igualmente este archivo especial de la revista colombiana *Semana*: <https://www.semana.com/noticias/migracion-venezolana/115056>

¹¹⁷ Puede revisarse el archivo especial de PROVEA al respecto, disponible en <https://www.derechos.org.ve/coronavirus>.

¹¹⁸ Hay mucha literatura sobre el tema. Voy a limitarme a referir al lector al Informe de PROVEA correspondiente al año 2019, en lo que se refiere a la justicia; disponible en <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/2020/07/15justicia.pdf>

¹¹⁹ Artículo 339 de la “Constitución”, *in fine*.

rrogado inconstitucionalmente desde esa fecha¹²⁰. Los tribunales solo están funcionando, y muy deficientemente, en materia penal y de amparo constitucional¹²¹.

Así, es casi una *sofisticación* pretender que se respeten la garantía de la reserva legal¹²², o que se establezcan nulidades y responsabilidades. Ni qué decir del ejercicio del derecho de petición internacional.

b. *El desconocimiento del derecho de petición internacional*

De acuerdo con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 31 de la “Constitución”, que recoge el derecho de petición internacional, nunca fue escrito, en especial la parte que se refiere a la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones dictadas por los órganos que conforman los distintos sistemas de protección de los derechos humanos a cuya jurisdicción se ha sometido el Estado venezolano.

Como ya se mencionó, la Sala Constitucional desarrolló una tesis de acuerdo con la cual podrían existir derechos humanos inconstitucionales y, sobre esa base, imponiendo “condiciones incompatibles con el Derecho internacional para la ejecución de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las sentencias y demás providencias judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹²³, señaló, primero, que el artículo 23, “[s]e refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos”¹²⁴ y; además, se erigió en juez de las sentencias que la condenan por la violación de los derechos humanos, de conformidad con los tratados internacionales ratificados por la República, al “inventar” el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en general, las decisiones de los organismos internacionales sobre derechos humanos¹²⁵.

¹²⁰ Ver Resolución N° 2020-001 del 20/03/2020 dictada por el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno. Puede verse en <https://www.derechos.org.ve/coronavirus>. Esta decisión se ha mantenido vigente, como aparece de la Resolución N° 2020-006 dictada por el mismo órgano el 12/08/2020, que puede verse en http://historico-co.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003767.html

¹²¹ Ver *Acceso a la Justicia y el Observatorio Venezolano de Prisiones exigimos la reactivación de la justicia en el país*, disponible en <https://www.accesoalajusticia.org/acceso-a-la-justicia-y-el-observatorio-venezolano-de-prisiones-exigimos-la-reactivacion-de-la-justicia-en-el-pais/>

¹²² Es interesante revisar los trabajos publicados en el “Especial COVID-19” de la Biblioteca de AVEDA, en <https://www.aveda.org.ve/biblioteca/>. Estos trabajos fueron compilados en *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

¹²³ Nikken, Pedro. “La adecuación del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos”, en *Código de Derechos Humanos*, Col. Textos Legislativos N° 12, 2ª ed., EJV - CDCH-UCV, Caracas 2006, pp. 53. Ver también *Sentencia 1942 vs. Libertad de Expresión*, autores varios. Editorial Aequitas / Comisión Andina de Juristas, Caracas, 2003.

¹²⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1942, del 15/07/2003, *Rafael Chavero Gazdik (Leyes de desacato)*, disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.HTM>

¹²⁵ Sobre este tema, ver Ayala Corao, Carlos. *La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2009; Meier García, Eduardo. *op. cit.*

Más allá, si se revisa el estado de cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión o de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el saldo es aterrador. Ni siquiera han sido cumplidas en su totalidad las sentencias *bandera* del régimen, como las referidas a los casos de *El Amparo* o *El Caracazo*. Ni qué decir de las decisiones condenatorias del Estado venezolano por hechos ocurridos desde 1999¹²⁶; o de las recomendaciones de los distintos órganos del sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, en especial de las emitidas por el Comité de Derechos Humanos, órgano de aplicación de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²⁷.

De hecho, nunca ha sido dictada –ni se dictará bajo el *régimen*– una legislación especial dirigida a garantizar el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

Las páginas que anteceden son una dolorosa muestra de que, en materia de derechos humanos, la “Constitución” es *letra muerta*. Lamentablemente, en esta obra colectiva se verificará que no lo es solo en materia de derechos humanos.

También se constatará que la desconfiguración de la “Constitución” es producto de la obra del Tribunal Supremo de Justicia, en especial, de su Sala Constitucional. Por ello, en el futuro, hay que revisar con mucha atención las normas de organización y funcionamiento del más alto tribunal de la República, así como la institución de la justicia constitucional. En paralelo, hay que tener muy claras las reglas acerca de la responsabilidad de los jueces que, abusando de su función de interpretación, incurren –sistémicamente o no– *en fraude a la Constitución*, desconociendo su mandato primero, cual es preservar su supremacía¹²⁸.

En todo caso, el maestro Brewer-Carías, ante la pregunta “*¿quis custodes ipsos custodiet?*”, señala que “solo una elección sabia de los miembros de las Cortes Constitucionales puede evitar que en determinados momentos se clame por la respuesta”¹²⁹.

¹²⁶ Ver información sobre el estado de cumplimiento de sus sentencias, publicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm. También pueden revisarse los distintos informes levantados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bien sea por país; o bien sus informes anuales, en particular el de 2019, donde hay un apartado especial sobre Venezuela y se hace referencia a esta situación de incumplimiento (disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4bVE-es.pdf>)

¹²⁷ Esta información puede revisarse en <http://ccprcentre.org/country/venezuela>

¹²⁸ Ver Nikken, Claudia. *Consideraciones ...*, *op. cit.*, pp. 174-211.

¹²⁹ Brewer-Carías, Allan R. *La patología de la justicia constitucional*, 3ª ed., Fundación de Derecho Público - EJV, Caracas, 2014, p. 650.

14. PRINCIPIO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. DIFICULTADES TEÓRICAS Y ENTORNO PRÁCTICO DE UN DERECHO “IN FIERI”

Carlos URDANETA SANDOVAL*

Resumen: En el sistema jurídico nacional, tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad, recientemente beben de fuentes del derecho no limitadas a un único texto normativo, sino que se vienen nutriendo de cuerpos normativos denominados, por un lado, “bloque de constitucionalidad”, el cual excede el simple texto de la Constitución, y por otro lado, “bloque de convencionalidad”, que extralimita el mero contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente. Pero cada “bloque”, en su contenido, interpretación y aplicación, y especialmente en la necesaria vinculación entre ellos, no constituye aún materias totalmente consolidadas, ya que sobre los mismos surte fuerte efecto la sinuosa discusión sobre el predominio entre el Derecho internacional y el Derecho interno.

Palabras claves: Protección de Derechos Humanos; Nuevo Constitucionalismo; *Ius Constitutionale Commune*; Bloque de Constitucionalidad; Bloque de Convencionalidad.

Abstract: In the national legal system, both the control of constitutionality and that of conventionality, recently drink from sources of law not limited to a single normative text, but have been nourished by normative bodies of nominees, on the one hand, “block of constitutionality”, which exceeds the simple text of the Constitution, and on the other hand, “block of conventionality”, which exceeds the mere content of the American Convention on Human Rights, respectively. But each “block”, in its content, interpretation and application, and especially in the necessary connection between them, does not yet constitute a fully consolidated matter, since the sinuous discussion on the predominance between international law and internal law has a strong effect on them.

Key words: Human Rights Protection; New Constitutionalism; *Ius Constitutionale Commune*; Constitutional Block; Conventionality Block.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el principio de la supremacía constitucional ha subordinado la validez de las normas jurídicas a su adecuación formal y sustancial a las disposiciones

* Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo, Caracas y Ciudad Guayana, Venezuela. Fue Abogado relator de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. L.U.Z., Abogado, 1989; *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil, 1998; Doctor en Derecho, 2000. U.C.A.B., Especialista en Derecho Administrativo, 2003. Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2003-2004, Mención de Honor. Premio Estímulo “Dr. Leopoldo Sánchez” a la mejor Tesis Doctoral, 2001. “Premio de Actividades Científicas Dr. Orangel Rodríguez”, 1993. Correo electrónico: urdanet2010@gmail.com.

contenidas en la ley fundamental.¹ Dicho principio es protegido por el control de constitucionalidad, expresión del principio común del control judicial de los actos de cualquier autoridad y de las propias disposiciones legales, en orden a la protección de los derechos constitucionales y demás normas de la Ley suprema², el cual es realizado por los órganos jurisdiccionales internos, que “procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática”³, teniendo “(...) por objeto verificar, en cada caso concreto, si una norma jurídica de jerarquía inferior responde a las directivas resultantes de una norma superior de la cual depende la validez de la primera.”⁴

Más recientemente, tenemos también el control de convencionalidad, que constituye “una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente”⁵, el cual abarca normas de ambas fuentes utilizables: internacional y nacional (el “*ius constitutionale commune*”), bajo la “guía” de tal garantía y en orden a lograr como finalidad la preeminencia de la norma convencional⁶; por cuanto el control se ejerce con base a esa norma de referencia (controlante) y bajo el supuesto de “que el material controlante es jurídicamente superior al controlado”.⁷ Este tipo de control lo ejerce originalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en tanto órgano encargado de interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), con ocasión de revisar el ajuste de los actos y hechos concretos de los Estados, que han reconocido

¹ Badeni, G. *Tratado de derecho constitucional* (2^{da} ed). La Ley. T. I, Buenos Aires 2006, p. 286.

² Fernández Segado, F. “El control de constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros Tribunales Constitucionales”. En: *Pontificia Universidad Católica del Perú: Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Perú, N° 52, Dic. 1998/ Ab. 1999, p. 410.

³ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador* de 7 de Diciembre de 2004 (Párr. 3 y 4). Apud. Brewer-Carías, A. R. (2013) “Sobre el control de convencionalidad, su conceptualización y su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad”. En: Prats, E. J. y Jiminián, M. V. (Coords.) *Constitución, justicia constitucional y derecho procesal constitucional. Liber Amicorum, en honor al Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez*. Santo Domingo, República Dominicana, p. 3.

⁴ Badeni, G. *Ob. cit.* p. 287.

⁵ Albanese, S. “La internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional”. En: Albanese, S. (Coord.) *El control de convencionalidad*. Ediar. Buenos Aires: p. 15. Apud. García Ramírez, S. (2016) “Sobre el control de convencionalidad”. En: Pontificia Universidad Católica del Perú. *Revista Pensamiento Constitucional*, Vol. 21, N° 21, Lima: Perú 2008, p. 173.

⁶ García Ramírez, S. *Ob. cit.* p. 173. El *ius constitutionale commune*, cuyo núcleo doctrinal es el control de convencionalidad, viene referido tanto al derecho positivo como al discurso jurídico sobre el mismo, al constituir una nueva apertura de los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos (con sus derechos constitucionales estatales) hacia la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto estrato común del derecho internacional público, transforma la esencia del constitucionalismo y hace que ambos derechos se fortalezcan mutuamente, para realizar las garantías y promesas del “bloque de constitucionalidad.” En efecto, el *ius constitutionale commune*, ostentando por principios fundamentales el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, trata de asegurar a nivel regional la implementación de las decisiones y el cumplimiento de las promesas y garantías centrales de las constituciones estatales, para así hacerlas realidad. Vid. Bogdandy, A. v. (2015) “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. En: *Universidad Externado de Colombia: Revista Derecho del Estado* N° 34, enero/junio de 2015, pp. 34, 11, 15, 16 y 17. Disponible en: 10.18601/01229893.n34.01

⁷ Sagüés, N. P. *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*. Porrúa/IMPDC. México 2013, p. 354. Apud. García Ramírez, S. p. 173, nota 3.

su competencia, “al orden internacional acogido en la Convención”, a fin de conformar la actividad del poder público y expulsar las normas contrarias a dicha Convención.⁸

Luego tenemos dos vertientes del control de convencionalidad: el “control propio, original o externo de convencionalidad” que ejerce la CIDH, y el “control interno de convencionalidad” que ejercen los tribunales nacionales, que son competencias tan antiguas como la Convención misma (1969).⁹

El control original o externo de convencionalidad es una competencia ejercida por la CIDH (órgano controlador), al juzgar en sus sentencias las violaciones a la CADH y otros instrumentos internacionales fundamentales, cometidas por actos u omisiones de los Estados, y a cuyo fin confrontan las normas de la Convención (parámetro principal de control) con un acto o una normativa de Derecho interno –que en sede internacional constituyen simples hechos atribuibles al Estado–, para, verificada la contrariedad o incompatibilidad, ordenar a los Estados hacer la corrección de la inconvencionalidad, por ejemplo, reformando o abrogando la práctica o norma cuestionada, según corresponda.¹⁰

⁸ Brewer-Carías, A. R. *Ob. cit.* p. 3; y Nash Rojas, C. (Ed.) *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica: 2019, p. 4. El fundamento normativo del control de convencionalidad es la obligación de desarrollar prácticas estatales dirigidas a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana, lo que lleva a que la interpretación de las leyes domésticas deba encontrarse ajustada a cumplir con la obligación de respeto y garantía (Arts. 1.1 y 2o. CADH); y en la obligación de las autoridades estatales de permitir, en la forma más amplia posible, el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el mismo Pacto de San José o en otros instrumentos (Art. 29 CADH). También sirven de fundamento, subsidiariamente, los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, y la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado (Arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). *Vid.* Ferrer Mac-Gregor, E. “Control de convencionalidad (sede interna)” En: Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F.; y Figueroa Mejía, G. A. (Coords.) *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* (2da ed). México 2014: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 237-238; Nash Rojas, C. *Ob. cit.* p. 5; y Gutiérrez Ramírez, L. M. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la perspectiva francesa” En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* Vol. 64, 2016, p. 241. Las principales características del control de convencionalidad son: a) Verifica la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH y los demás tratados internacionales de los cuales el Estado sea parte; b) Debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública; c) Su ejercicio se realiza en el ámbito de competencias de cada autoridad; por lo que su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la Convención o su interpretación de acuerdo a la Convención; d) La obligación detrás del control de convencionalidad es la de realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas; e) Resultan parámetro de convencionalidad la normativa internacional y la jurisprudencia de la CIDH, tanto contenciosa como consultiva; f) La obligatoriedad de respetar el control es corolario de los principios del Derecho internacional público y de las propias obligaciones internacionales del Estado asumidas al momento de hacerse parte de la CADH. *Vid.* Nash Rojas, C. *Ob. cit.* p. 6.

⁹ Brewer-Carías, A. R. *Ob. cit.* pp. 2-3.

¹⁰ Brewer-Carías, A. R. *Ob. cit.* pp. 1-2; Gutiérrez Ramírez, L. M. *Ob. cit.* p. 241; y Bazán, V. “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”. En: *Revista Europea de Derechos Fundamentales* N° 18, 2011, p. 68. Apud. Núñez Donald, C. “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”. En: Cárdenas Aravena, C. (Dir.) *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile 2015: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 11, p. 158, nota 6. La inaplicación de normas “no implica un análisis de contraste entre textos jurídicos, sino una mera comparativa de principios y esen-

A su vez, el “control interno de convencionalidad” es una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José, quienes –actuando dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno– deben interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la CADH y, en general, con el *corpus juris* interamericano, y de existir una manifiesta incompatibilidad, las autoridades estatales y en especial, los jueces nacionales, podrán desaplicar o incluso anular las normas internas contrarias a la CADH¹¹, vale decir, pueden lograr su expulsión del sistema interno; pero también podrán interpretar las normas internas de forma tal que sean armónicas con las obligaciones del Estado; podrán ajustar las actuaciones de los órganos ejecutivos y legislativos a las obligaciones internacionales; podrán modificar las prácticas de los órganos del Estado que puedan ser contrarias a los estándares internacionales; etc.¹²

cias según se distinguen en el texto constitucional y en los tratados internacionales, de los que de detectarse que una norma legal atenta contra alguno de los contenidos esenciales de los derechos humanos entonces sea correcto nulificar los efectos de la norma”, lo cual es diferente a expulsarla del sistema jurídico. *Vid.* Aguirre Anguiano, S. S. “Derechos humanos en México ¿Un mandato de convencionalidad o de constitucionalidad” En: García Villegas, P. M. (Coord.) *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*. Porrúa, México: 2013, pp. 49-50. Apud. García Ramírez, S. *Ob. cit.* p. 182, nota 33. Por otra parte, dentro del test de control externo de convencionalidad, cabe resaltar, en primer lugar, que la declaratoria de la inconventionalidad configura un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado, generando de inmediato su responsabilidad internacional por dichas violaciones y, en consecuencia, nace la obligación internacional a cargo del Estado de reparar integralmente los daños materiales e inmateriales a las presuntas víctimas y/o sus familiares (*restitutio in integrum*), según la calificación de los hechos probados. En segundo lugar, que por vía de sentencia la CIDH ordena al Estado las reparaciones integrales de los daños, disponiendo el cese (poner fin a la conducta estatal inconventional) de los efectos jurídicos del Derecho interno vigente inconventional (hechos internacionalmente ilícitos de carácter continuo), estableciendo las obligaciones internacionales de resultado de naturaleza jurídica conforme a las cuales el Estado deberá: reformar la Constitución, derogar, modificar o anular la ley o el acto administrativo, o completar sus contenidos; expedir una ley o un acto administrativo; adecuar la jurisprudencia o prácticas internas a la jurisprudencia de la CIDH, y las demás reparaciones que fueren necesarias para restablecer la situación jurídica anterior y que el Estado garantice a las víctimas y/o sus familiares el respeto y el libre y pleno ejercicio de sus derechos reconocidos en la CADH. De esta manera, adecuan el Derecho interno al estándar mínimo interamericano (el Derecho internacional de los Derechos Humanos). *Vid.* Rey Cantor, E. Rey Anaya, A. M. “Control de convencionalidad (test de)” En: Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F.; y Figueroa Mejía, G. A. *Ob. cit.* 2014, p. 242.

¹¹ Brewer-Carías, A. R. *Ob. cit.* p. 4.

¹² Nash Rojas, C. *Ob. cit.* p. 4. Sagüés explica que el efecto del control interno de convencionalidad ya no es represivo sino constructivo o positivo, el cual, paralelo al control externo, propone un reciclaje o *aggiornamento* de todo el Derecho interno en función de la CADH y de la jurisprudencia interamericana, conforme al cual los jueces nacionales deben aplicar y hacer funcionar el Derecho local en armonía con los parámetros citados (Sagüés, N. P. “Control constructivo (positivo) de convencionalidad” En: Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F.; y Figueroa Mejía, G. A. *Ob. cit.* 2014, p. 223, fundamentado en el *ob. cit. Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de Noviembre de 2009, párr. 338; y, entre otras decisiones diversas, *ob. cit. San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, sentencia de 8 de Febrero de 2018, párr. 191 y 192. Apud. Nash Rojas, C. *Ob. cit.* pp. 24-25 y 30-31). De esta manera, el juez nacional actúa primigeniamente con un método de *selección de interpretaciones* de normas nacionales que son calificadas como “convencionales”, para luego escoger y aplicar, dentro de un margen de apreciación judicial, la interpretación que le parezca más razonablemente adecuada (Sagüés, N. P. *Ob. cit.* pp. 223 y 224). Si no encuentra en el texto normativo nacional una exégesis que lo amalgame con la CADH o la jurisprudencia de la CIDH, antes de reputarla inconventional (control “represivo” de convencionalidad), puede acudir de manera adicional a la *construcción de interpretaciones*, que se

Pues bien, dentro de ese sistema de control interno de convencionalidad, en particular, se viene hablando coetáneamente, a nivel tanto doctrinal como jurisprudencial, de la vinculación de dos principios que requieren determinación en su contenido y en su función, para la configuración de un “*corpus iuris*” de orden regional o interamericano. Hablamos del “bloque de constitucionalidad”, así como del “bloque de convencionalidad”, que son considerados “principios” en tanto constituyen “ideas centrales de un sistema, al cual otorgan sentido lógico, armonioso, racional, permitiendo la comprensión de su modo de organizarse.”¹³

I. EL PRINCIPIO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La expresión “bloque de constitucionalidad”, estrictamente proviene del Derecho administrativo y, en concreto, del “bloque de legalidad”¹⁴, noción que encontramos en Maurice Hauriou bajo la denominación de “bloque legal” y que permite designar, por

logra con base en interpretaciones mutativas del precepto infraconstitucional o constitucional del caso, y en las que, permaneciendo el texto de la norma incólume, se hace variar su contenido material, sea por restricción o sustracción (se quita al contenido material de una norma un ingrediente anómalo), sea por aumento o adición (se suma al contenido original del precepto normativo, un ingrediente suplementario para tornar a esa norma compatible), o sea por reemplazo (se disminuye un tramo del contenido material de una norma, y le inserta otro). *Vid.* Sagüés, N. P. *Ob. cit.* p. 223. Por otra parte, cabe acotar que existe una complementariedad o subsidiariedad entre el control externo e interno de convencionalidad, en tanto la misión del juzgador nacional posee un valor preventivo, en tanto “depura” la actuación del Estado y limita el desempeño del tribunal internacional. Solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno y las recomendaciones de la Comisión Interamericana no han sido cumplidas, la CIDH puede conocer un caso (*ob. cit. s Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia de 30 de Noviembre de 2012, párr. 144. Apud. Nash Rojas, C. *Ob. cit.* p. 38). Sin embargo, todo aquello que no resulte eficazmente controlado por el juzgador nacional podrá ser objeto de planteamiento y examen por el tribunal internacional. *Vid.* García Ramírez, S. *Ob. cit.* p. 176; y Nash Rojas, C. *Ob. cit.* pp. 37-38, 40 y 41, con fundamento en los *ob. cit. s Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia de 30 de Noviembre de 2012, párr. 143; “Vereda La Esperanza vs. Colombia”, sentencia de 31 de Agosto de 2017, párr. 261; y “Colindres Schonenberg vs. El Salvador”, sentencia de 4 de Febrero de 2019, párr. 75.

¹³ Ari Sunfeld, C. *Fundamentos de Direito Público*. (4th Ed.) Malheiros, São Paulo 2000, p. 143. El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios. Las normas se caracterizan por tener una estructura tripartita: a) la descripción del supuesto de hecho; b) el mandato (o la cópula que expresa el deber ser); y c) la consecuencia jurídica, con similar propósito de precisión. A su vez, los principios generales del sistema jurídico (estén o no positivizados), carecen de supuesto de hecho -el cual debe ser cubierto, prima facie, por los legisladores o jueces- y de consecuencias jurídicas determinadas -por lo que aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, sea en su incorporación al derecho positivo o, a falta de ésta, en su aplicación al caso concreto-. Por otra parte, aun cuando los principios generales no se relacionan en base a un orden jerárquico predeterminado, se interpretan y aplican con arreglo a las exigencias básicas de la razonabilidad práctica; y por ende, resultan preceptivos, vinculantes o exigibles, complementándose con la garantía pública que los protege, lo que es particularmente relevante en el campo de los derechos humanos. *Vid.* Cassagne, J. C. “El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico” En: *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, vol. 2, n. 1, jan./abr. 2015. pp. 195, 196, 197, 200 y 204. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43660>.

¹⁴ Roussillon, H. *Le Conseil Constitutionnel*. Paris Dalloz 2004, p. 49. Apud. Orozco Solano, V. E. “Aproximación al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense”. En: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 23, Fasc. 1, 2019, p. 180. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aajc.23.06>

encima de las leyes, todas las reglas que se imponen a la Administración en orden al principio de legalidad, y que no eran de la misma naturaleza que aquéllas, ya que un cierto número tenían un origen jurisprudencial (en especial, los principios generales del derecho).¹⁵

Louis Favoreu fue el primero en determinar el contenido inicial¹⁶ de la noción *bloc de constitutionnalité*, como conjunto de los “principios y reglas de valor constitucional” que designan el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley¹⁷, y que permiten hablar globalmente de la Constitución como conjunto de textos que forman el bloque de constitucionalidad.¹⁸ A tal conclusión llegó luego de analizar los elementos que eran considerados por el Consejo Constitucional francés al momento de realizar control de constitucionalidad¹⁹, con lo que demostró que hay normas fuera de la Constitución que comparten con ella el primer escalón en la pirámide jurídica de cada país y que se utilizan en conjunto para evaluar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía.²⁰ Por efecto de ello, la tarea del Juez constitucional se ha expandido, pues ahora “no se limita a comparar solamente término a término dos textos, uno inferior, otro superior; sino a establecer inicialmente el término superior, luego a efectuar la comparación”.²¹

¹⁵ Favoreu, L. “El bloque de la constitucionalidad”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 5, España, enero-marzo 1990, pp. 46-47.

¹⁶ Favoreu, L. “Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”. En: Waline, M. (Ed.) *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*. Paris: Cujas 1975, pp. 33-48. Apud. Murillo Cruz, D. A. “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: Universidad de Los Andes (Colombia), Facultad de Derecho: *Revista de Derecho Público* N° 36, enero-junio de 2016. p. 5. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.08>

¹⁷ Favoreu, L. “El bloque de la constitucionalidad”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 5, España enero-marzo 1990, p. 46.

¹⁸ *Ibidem*. p. 60. Comenta el profesor francés que el bloque de constitucionalidad tiene por misión hacer que se tome conciencia de la unidad del conjunto constitucional y provocar la fusión progresiva de las diferentes piezas de ese conjunto, incluidos los derechos fundamentales. *Ibidem*. p. 59.

¹⁹ Favoreu, L. “Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”. En: Waline, M. (Ed.) *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*. Paris: Cujas 1975, pp. 34, 40 y 38. Apud. Murillo Cruz, D. A. p. 6. En contraste, el bloque de constitucionalidad en España se adoptó como instrumento para resolver conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, incluyendo normas constitucionales, estatutos autonómicos y leyes orgánicas que regulan la distribución de competencias entre ordenamientos territoriales; mientras que en Italia, el concepto fue asociado a la noción de “norma interpuesta”, entendida como norma con rango de ley ordinaria pero que, por previsión explícita de la Constitución, vincula o limita otras normas a manera de un parámetro de control constitucional; lo que permite deducir que hay normas de rango legal que ostentan “valor constitucional” al pertenecer al parámetro de constitucionalidad, pero que carecen formalmente de jerarquía constitucional. *Vid.* Góngora-Mera, M. E.) “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial de la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”. En: Bogdandy, A. v.; Fix-Fierro, H.; y Morales Antoniazzi, M. (Coords.) *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. México: 2014, pp. 306 y 307. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>

²⁰ Manili, P. L. “Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad”. En: Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F.; y Figueroa Mejía, G. A. *Ob. cit.* 2014, p. 122.

²¹ Favoreu, L. *Ob. cit.* p. 41. Apud. Murillo Cruz, D. A. p. 7. Esto es así porque las Constituciones son textos cerrados y pueden ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, al hacer re-

El concepto bloque de constitucionalidad fue luego importado por el Tribunal Constitucional de España desde 1981, difundiéndose a principios de los años '90 por vía doctrinal y luego jurisprudencial a Panamá (que adoptó la doctrina francesa en 1990), Costa Rica, Colombia (en 1993 y 1995, respectivamente, adoptaron la doctrina combinando la experiencia francesa y la española) y Perú (que se inspiró en la doctrina italiana entre 1996 y 2004), para posteriormente expandirse desde estas naciones latinoamericanas hacia otros países de la región²², como Venezuela, donde fue utilizada originalmente la noción de bloque como modelo durante el proceso constituyente de 1999, en particular, por algunas normas transitorias de la Asamblea Constituyente.²³

A grandes rasgos, el bloque de constitucionalidad, según la sentencia N° C-225/95 de la Corte Constitucional de la República de Colombia, de fecha 18 de mayo de 1995:

“(...) está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de 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 artículo constitucional *stricto sensu*.”²⁴

Por ende, el bloque de constitucionalidad se encuentra constituido por: a) los derechos que la Constitución explicita sin taxatividad; b) los derechos que asegura el Derecho internacional por virtud de los principios de *ius cogens*; c) los derechos que asegura el Derecho convencional internacional de derechos humanos y Derecho internacional humanitario; y d) los derechos que asegura el Derecho internacional consuetudinario.²⁵

Finalmente, el efecto útil de la idea de un bloque de constitucionalidad radica en que el conjunto de normas incorporadas a nuestra legislación son efectivas en cuanto sirven no solo como parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino también como elemento hermenéutico e integrador ante una legislación incompleta.²⁶

II. EL PRINCIPIO DEL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD

El bloque de convencionalidad en sí se construyó a semejanza del bloque de constitucionalidad, esto es, se erigió por aproximación a ésta última noción para designar un

misiones a otras reglas o principios que adquieren valor en la práctica constitucional. *Vid.* Uprimny, R. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Escuela Judicial. p. 25. Apud. Núñez Donald, C. Bogotá: 2006, p. 158.

²² Góngora-Mera, M. E. *Ob. cit.* pp. 306 y 307.

²³ *Ibidem.* pp. 313 y 314.

²⁴ Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

²⁵ Nogueira, H. *Lineamientos de interpretación constitucional y bloque constitucional de derechos*. Santiago: Librotecnia. Apud. Núñez Donald, C. *Ob. cit.*, 2006, p. 158. Para 1989, en Francia, el bloque de constitucionalidad contiene elementos esenciales (Constitución de 1958, Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, Preámbulo de la Constitución de 1946) y elementos marginales (principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República). *Vid.* Favoreu, L. “El bloque de la constitucionalidad”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 5, enero-marzo 1990. España, p. 50.

²⁶ Núñez Donald, C. *Ob. cit.* p. 162.

conjunto de normas que se sitúan fuera de la esfera normativa interna, y por sobre la misma idea de una pirámide normativa al estilo kelseniano, constituida por normas superiores que validan normas inferiores²⁷, cuyo contenido se ha concebido de forma amplia, evolutiva y progresiva.²⁸

Las normas que sirven como base para el ejercicio del control de convencionalidad, esto es, el bloque de convencionalidad, son aquellas contenidas en el *corpus juris* interamericano²⁹, el cual se integra, en general, por los tratados internacionales de derechos humanos creados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y su interpretación por la CIDH.³⁰ Adicionalmente, la Corte ha extendido el parámetro de

²⁷ Alberton, G. “De l’indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité?” En: *Revue Française de Droit Administratif*, (2), 2005, p. 252. Apud. Murillo Cruz, D. A. p. 19. No obstante, ante la caída de los antiguos dogmas del positivismo legalista y excluyente en forma generalizada y uniforme a partir de la segunda guerra mundial, fue que se produjo un proceso guiado por una revalorización del Estado de Derecho con una finalidad tuitiva de los derechos fundamentales (particularmente las libertades de los ciudadanos) y el acento en la protección de la persona humana, mediante el cual la configuración del ordenamiento jurídico cobró una nueva dimensión al ampliarse significativamente el clásico bloque de legalidad. Ello fue debido al auge que tuvieron los principios generales en los derechos internos de algunos países europeos, bien por efecto del quehacer jurisprudencial (como el caso del Consejo de Estado francés) o bien por la sanción de nuevos textos constitucionales (como en España, Alemania e Italia), y originó el desplazamiento de la supremacía y cultura de la ley como centro del sistema jurídico para concentrarse más en la cultura del derecho. También la prevalencia de los derechos supranacionales, generalizó principios morales por vía del derecho de los tratados internacionales, en especial sus principios y la doctrina de la convencionalidad, los cuales contribuyeron al surgimiento del nuevo modelo en el que se afirma la protección de los derechos humanos desde la perspectiva del principio de la dignidad de la persona como centro de un sistema jurídico complejo que prevalece e informa los demás principios, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica, en un proceso que favorece la creación por parte de los jueces del derecho. *Vid.* Cassagne, J. C. *Ob. cit.* pp. 168-169, 170, 183, 195 y 205.

²⁸ Rodríguez, G. “Artículo 29. Normas de interpretación”. En: Steiner, C. y Uribe, P. (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá: 2014, p. 710. Apud. Murillo Cruz, D. A. p. 21.

²⁹ La CIDH describe al conjunto de los tratados de derechos humanos como un *corpus iuris*. *Vid.* Bogdandy, A. v. “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. En: Universidad Externado de Colombia: *Revista Derecho del Estado* N° 34, enero/junio de 2015, p. 11. Disponible en: 10.18601/01229893.n34.01

³⁰ Ferrer Mac-Gregor, E. *Ob. cit.* pp. 238-239. En efecto, a partir de las sentencias “Almonacid Arellano y otros c/. Chile” de 26 de Septiembre de 2006 y “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú” de 24 de Noviembre de 2006 ha quedado claro que el parámetro de control del juez o tribunal nacional que juzga el Derecho interno, lo son las normas establecidas en la CADH (1969); sus dos protocolos adicionales relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte (1990); y otros tratados del sistema interamericano, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999) (Jinesta Lobo, E. “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”. En: Ferrer Mac-Gregor, E. [Coord.] *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundación Universitaria de Derecho Administración y Política S. C. México: 2012, p. 9; Ferrer Mac-Gregor, E. *Ob. cit.* p. 239; y Eto Cruz, G. [2017] “La recepción del pensamiento continental europeo en América Latina: El bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad: ¿Estamos ante un *ius constitutionale commune* latinoamericano?”. En: Ferrer Mac-Gregor, E. y Flores Pantoja, R. (Coord.) *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucio-

control de la convencionalidad a otros tratados de derechos humanos ratificados por el Estado.³¹ En consecuencia, la primacía del derecho internacional público sólo aplica con respecto a los tratados internacionales sobre derechos humanos.³²

Es a partir del referente del bloque de convencionalidad que el juez o tribunal nacional debe revisar si la normativa o el ordenamiento jurídico interno es contrario u opuesto a los objetivos, fines y tenor literal de ese “*corpus iuris*” de orden regional o interamericano, asumido como un estándar mínimo de protección.³³

Por interpretación *a contrario sensu*, quedan excluidas del parámetro otras convenciones o declaraciones, pues, como afirma Sagüés, a la CIDH no le compete aplicar y tutelar instrumentos extra-regionales.³⁴

III. EL DERECHO “*IN FIERI*” (EN FORMACIÓN) EN LOS BLOQUES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD

Hay cuestiones aún no completamente consolidadas en el desarrollo y recepción de los principios del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad en Latinoamérica.

nal. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México 2017, pp. 300 y 301.) la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013); y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013) (Eto Cruz, G. *Ob. cit.* p. 301); así como las sentencias (cosa juzgada convencional) y opiniones consultivas de la CIDH (Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de Agosto de 2014: “Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, párr. 31; Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de Febrero de 2016: “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, párr. 26; y Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018: “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección”, párr. 58. Nash Rojas, C. pp. 18-20; Jinesta Lobo, E. *Ob. cit.* p. 9; y Eto Cruz, G. *Ob. cit.* p. 301).

³¹ *ob. cit.* “*Gudiel Álvarez y otros (‘Diario Militar’) vs. Guatemala*, de 20 de noviembre de 2012, párr. 330; y caso “*Masacres de Río Negro vs. Guatemala*”, sentencia de 4 de Septiembre de 2012, párr. 262. Apud. Nash Rojas, C. *Ob. cit.* pp. 16-17.

³² Fix-Zamudio, H. “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*, I, pp. 147-151. Apud. Bogdandy, A. v. *Ob. cit.* 2004, pp. 27-28.

³³ Jinesta Lobo, E. *Ob. cit.* pp. 9-10. Según Jinesta, se pueden establecer algunas reglas de carácter general sobre el objeto de control de convencionalidad por los jueces y tribunales nacionales, sin perjuicio de las singularidades de cada ordenamiento jurídico: a) Fuentes no escritas (principios generales del derecho, jurisprudencia y costumbre) que tengan un efecto normativo expresamente otorgado por el ordenamiento jurídico y sirvan para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico, si quebrantan el “parámetro de convencionalidad”, resulta admisible el control de convencionalidad; b) Leyes, reglamentos y actos de eficacia general sujetos al Derecho público, procede el control de convencionalidad, vía acción de inconstitucionalidad, inclusive si se trata de actos sujetos al Derecho público mas no normativos (instrucción, circular o directriz), pues también tienen efectos generales; c) Reformas parciales a la Constitución emitidas por el poder constituyente derivado, se encuentran sujetas al control de convencionalidad pues el “poder reformador”, en tanto “poder constituido”, tiene como límite infranqueable el “parámetro de convencionalidad” y, además, uno de los principios básicos de los Derechos Humanos es el de la progresividad; d) Constitución, procede el control de convencionalidad aunque haya clausula expresa en su texto del principio de la supremacía constitucional, ya que no opera cuando se contraría el “parámetro de convencionalidad”, debido a su jerarquía, eventualmente, supraconstitucional. *Vid.* Jinesta Lobo, E. *Ob. cit.* pp. 15-20.

³⁴ Sagüés, N. P. *El control de convencionalidad*. p. 2. Apud. Jinesta Lobo, E. p. 10.

Gerardo Eto Cruz, nos habla de “cabos sueltos” y se hace varias interrogantes respecto de la relación entre los bloques mencionados³⁵, las cuales trataremos de responder en lo sucesivo.

1. *¿Resulta imperioso regular, dentro del texto de la Constitución, al bloque de constitucionalidad?*

Cabe recordar con Humberto J. La Roche, en relación con la interpretación de la Constitución, que interpretar consiste en dotar de cierto significado o sentido, a través del lenguaje, a las cosas, signos, fórmulas o acontecimientos; que cuando se interpreta una norma en general, se busca su sentido y alcance, vale decir, la finalidad que persigue; y que establecer su alcance implica precisar la extensión de esa finalidad o sentido, pues el texto puede perseguir una misma o análoga finalidad, aunque con diverso alcance.

Asimismo, la interpretación constitucional es necesaria, tanto para la norma constitucional clara, como para la oscura y ambigua. Sin embargo, hay un carácter restrictivo que la norma constitucional asume en su interpretación sobre ciertos aspectos y que contrasta con el Derecho civil –donde nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe– pues aquella limita a todos los poderes públicos a sus atribuciones y facultades, deslindadas como consecuencia de la soberanía del pueblo, por su expreso consentimiento. Por otra parte, hay factores importantes, como los políticos, históricos, sociales y económicos, así como la particular sensibilidad que es requerida para lograr una interpretación correcta de la Constitución, pero que no pueden subsumir el elemento jurídico.

A todo evento –sigue La Roche–, la norma constitucional, ubicada en el vértice de la pirámide jurídica, es la norma suprema, la base y la unidad de todo el orden jurídico, en donde además se encuentran los derechos humanos, individuales y sociales, así como la vertebración jurídico-política del Estado. Por ello, para el logro de una interpretación racional de los textos legales tienen valor los trabajos preparatorios, la exposición de motivos que debe anteceder la discusión de todo texto legal, las discusiones parlamentarias, etc.; así como tener en consideración –según lo ha expresado la extinta Corte Suprema de Justicia en fallo del 19 de febrero de 1981– la naturaleza de la materia legislada y el propósito deseado por el legislador, y no interpretar aisladamente una norma, sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte.³⁶

En otro giro, si lo que deseamos es obtener como resultado –como expresa La Roche– es una interpretación racional de las normas jurídicas vigentes, debemos para tal fin acudir al argumento del recurso a la voluntad del legislador concreto –trabajos preparatorios, exposición de motivos, discusiones parlamentarias, etc.–; al argumento de la interpretación lógico-sistemática –la naturaleza de la materia legislada–; al argumento interpretativo teleológico –el propósito deseado por el legislador–; y al argumento *a cohaerentia* en función positiva –la interpretación de la norma en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte–, entre otros recursos argumentativos; *ergo*,

³⁵ Eto Cruz, G. *Ob. cit.* pp. 302-310.

³⁶ La Roche, H. “Interpretación y aplicación de la Constitución”. En: Leal Osorio, S. (Coord.) (1985) *Estudios jurídicos. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Universidad del Zulia. Maracaibo: 1985, pp. 20-26.

se debe admitir también, como afirma Eto Cruz, acudir para la interpretación correspondiente no sólo el parámetro de la Constitución, sino también a otras normas que amplían su espectro normativo –y aunque no provengan del Poder Constituyente, agregamos nosotros–, esto es, al bloque de constitucionalidad, el cual, sin embargo –aunque no debemos ocultar que sería una situación deseable, en nuestra opinión–, no necesita estar expresamente regulado, bastando que recurrentes fallos jurisprudenciales hayan reconocido dicho bloque, para aplicarlo, sin requerir su constitucionalización expresa.³⁷

2. ¿Integran los tratados internacionales de Derechos Humanos el bloque de constitucionalidad?

En Venezuela, en el texto de la reforma constitucional de 1999 se proclama la preeminencia de los Derechos Humanos como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público (art. 2); se ratifica la cláusula de los Derechos Humanos innominados (art. 22)³⁸; se establece que los Tratados, pactos y convenciones relativos a Derechos Humanos, suscritos y ratificados por el Estado, quedan incorporados al Derecho interno con “jerarquía constitucional” y prevalecen frente al Derecho de origen nacional (art. 23)³⁹, (incluyéndose en tal situación a la Constitución), aun cuando siempre se aplica la cláusula más favorable a la persona, sea constitucional o convencional.⁴⁰ Con ello, afirma Hernández-Mendible, el *corpus iuris* de la convencionalidad ha sido constitucionalizado y se ha integrado al resto de las normas de jerarquía constitucional, para pasar a constituir formalmente parte del bloque de constitucionalidad.⁴¹

Sin embargo, nos encontramos conteste en este tópico con la opinión del jurista argentino Pablo Luis Manili, para quien los tratados internacionales de derechos humanos, en el supuesto planteado, “no se han convertido en Derecho interno, sino que si-

³⁷ Eto Cruz, G. *Ob. cit.* pp. 302-303.

³⁸ Una parte importante en el reconocimiento de un bloque de constitucionalidad fue la previsión de la cláusula constitucional que reconoce derechos innominados. El art. 22 de la Constitución de 1999 es, conforme a autorizada doctrina, “(...) una consecuencia de la filosofía iusnaturalista en cuanto fundamento de los Derechos Humanos, immanentes a la naturaleza humana, resultantes de la dignidad de la persona, anteriores al Estado y a la Constitución, que ésta se limita a definir, precisar, garantizar y proteger”. *Vid.* Gros Espiell, H. “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.C) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 4, 2000, p. 171. En efecto, se ratifica, con Bidart Campos, que hay derechos “con normas” y “sin normas”, y por tanto, los derechos no se agotan en el catálogo escrito, en el “positivismo de la normatividad escrita”; ya que no se puede “tolerar enfeudar a los derechos en el espacio de la lógica, así sea la lógica jurídica”, en tanto “los derechos innominados son (...) una válvula que da entrada a la oxigenación progresista y maximizadora”. *Vid.* Bidart Campos, G. J. “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”. En: Pontificia Universidad Católica del Perú: *Revista Derecho & Sociedad*, N° 18, Lima, Perú 2002, pp. 256 y 259-261.

³⁹ Hernández-Mendible, V.R. “El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos”. En: *Revista de Investigações Constitutionais*. Curitiba 2015: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, vol. 2, n. 3, set./dez., 2015, p. 155. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i3.44532>.

⁴⁰ Sagüés, N. P. “Constitución convencionalizada”. En: Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F.; y Figueroa Mejía, G. A. *Ob. cit.*, 2014, p. 190.

⁴¹ Hernández-Mendible, V. R. *Ob. cit.* p. 155.

guen siendo Derecho internacional, directamente aplicable en el ámbito interno y con la máxima jerarquía⁴²; pues, más allá de la regulación y tratamiento que cada Constitución le otorgue a parte del bloque de convencionalidad, esto es, a los Tratados internacionales de Derechos Humanos, lo que impera es la concepción del Tratado de Viena: que los tratados se encuentran por encima de cualquier ordenamiento interno de cada país (art. 27).⁴³

3. *¿Qué sucede si una norma jurídica interna vigente se encuentra en abierta oposición al bloque de constitucionalidad, pero a la vez dicha norma se encuentra conforme con el bloque de convencionalidad? ¿Debe el tribunal o sala constitucional declararla inconstitucional o convalidarla como constitucional, mediante una interpretación constitucional convencionalizada?*

Un dilema similar se produce en la situación contraria: si por vía de un proceso de control difuso se evalúa la constitucionalidad o inaplicabilidad de una norma ordinaria, la cual protege un derecho fundamental innominado en términos amplios, lo que nos llevaría a eventualmente acudir a una interpretación *pro hominem* o *favor libertatis*; pero que coetáneamente la misma norma se enfrenta o contradice al bloque de convencionalidad, lo que nos llevaría a declarar como inconveniente dicha norma, como por ejemplo, en los supuestos de derechos morales como el derecho a la muerte, el derecho al suicidio o a la eutanasia, el aborto, o la adopción entre parejas homosexuales, etc.⁴⁴

Pero para cualquier tribunal o sala constitucional de Latinoamérica, declarar que un precepto constitucional quebranta el bloque de convencionalidad le puede acarrear serias críticas, resistencias y hasta represalias de la clase política que no entiende o no admite el rango, eventualmente, supraconstitucional de este bloque.⁴⁵

En el caso concreto –según Eto Cruz–, nos encontramos no ante la aplicación del bloque de convencionalidad, sino ante una materia a desentrañar desde el marco del bloque de constitucionalidad, dentro del cual deben regir los criterios de mayor protección, antes que una postura restrictiva, y donde, en una interpretación de concordancia práctica, probablemente la fuente interna del Estado se afirme, siendo interpenetrada por el bloque de convencionalidad.⁴⁶

No obstante, en el caso particular de Venezuela, si bien la CIDH ha recomendado, en la sentencia del caso “*Radilla Pacheco c/. México*” de 23 de Noviembre de 2009, que el Derecho nacional sea interpretado de manera conforme con el parámetro de convencionalidad (considerandos 338-340), incluso, cuando se trate de una norma constitucional de un Estado determinado⁴⁷; que “(...) varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha

⁴² Manili, P. L. El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino La Ley, p. 123. Apud. Eto Cruz, G. *Ob. cit.* Buenos Aires 2003, p. 305.

⁴³ Eto Cruz, G. *Ob. cit.* p. 307.

⁴⁴ Eto Cruz, G. *Ob. cit.* pp. 307-308.

⁴⁵ Jinesta Lobo, E. *Ob. cit.* p. 17.

⁴⁶ Eto Cruz, G. *Ob. cit.* pp. 307-308.

⁴⁷ Apud. Jinesta Lobo, E. p. 25.

jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones”; y que las sentencias de la CIDH “(...) producen el efecto de cosa juzgada y tiene carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales (...)” –Caso “Gelman 2 vs. Uruguay”, sentencia de 20 de Marzo de 2013, párr. 87⁴⁸–; el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en Venezuela, según expone Hernández-Mendible –desconociendo las disposiciones de la CADH y la interpretación de la CIDH, el contenido del art. 31, parte final, de la Constitución, y en un ejercicio de regresividad en materia de Derechos Humanos– ha venido construyendo jurisprudencialmente⁴⁹ una teoría del control ex post de constitucionalidad de la CADH y de los fallos de la CIDH que interpretan y aplican la convencionalidad, alegando la supremacía de la Constitución y los principios de soberanía nacional y de no intervención, con lo que, al final, ha declarado tales pronunciamientos inejecutables por el Estado venezolano y ha exhortado la denuncia de la CADH, comprometiendo la responsabilidad internacional de la República.⁵⁰

Ello ha llevado a algunos doctrinantes a asumir posiciones conservadoras en esta materia, como es el caso del profesor Víctor Orozco, de Costa Rica, quien considera conveniente proceder con cautela, vigilar la jurisprudencia de la CIDH, y aplicarla a su país solo si, en aplicación de los principios *pro homine* o *pro libertate* (art. 29 Pacto de San José), el estándar convencional es superior al nacional con respecto a determinado derecho⁵¹; lo que a nuestro entender pasa por negar de plano y en forma inaceptable la supraconstitucionalidad del bloque de convencionalidad frente al Derecho interno.

4. ¿Una parte del bloque de constitucionalidad puede ser igualmente parte del bloque de convencionalidad?

Se ha sostenido que el parámetro de control puede llegar a formar un auténtico bloque de convencionalidad, el cual puede eventualmente quedar comprendido dentro del bloque de constitucionalidad en el ámbito nacional⁵², pues ambos bloques se interrelacionan e incluso pueden llegar a yuxtaponerse.⁵³ También se ha afirmado que bajo el marco del *corpus iuris* interamericano, los conceptos bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad, al tener la misma función –servir de parámetro de control⁵⁴, en la labor de humanización del derecho internacional de los Derechos Humanos⁵⁵– no son opuestos, sino complementarios, pues actúan en común y en beneficio del

⁴⁸ Apud. Nash Rojas, C. pp. 50 y 35.

⁴⁹ Sentencias de la Sala Constitucional Nos. 1013, de 12 de Junio de 2001; 1942, de 15 de Julio de 2003; 1265, de 5 de Agosto de 2008; 1939, de 18 de Diciembre de 2008; 1542, de 17 de Octubre de 2011; y de la Sala Político-Administrativa, N° 165, de 6 de Marzo de 2012.

⁵⁰ Hernández-Mendible, V. R. *Ob. cit.* pp. 158-162.

⁵¹ Orozco Solano, V. E. *Ob. cit.* pp. 204-205.

⁵² Ferrer Mac-Gregor, E. *Ob. cit.* p. 239.

⁵³ Hernández-Mendible, V. R. *Ob. cit.* p. 156.

⁵⁴ Ferrer Mac-Gregor, E. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En: *Estudios constitucionales*, 9 (2) Apud. Murillo Cruz, D. A. 2011, p. 25.

⁵⁵ Cançado Trindade, A. A. *International law for humankind: towards a new ius gentium*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. Apud. Murillo Cruz, D. A., 2013, p. 25.

ser humano⁵⁶, debiendo los jueces, en cada caso concreto, “preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno.”⁵⁷

Pero hay opiniones que sostienen que no es lo mismo el bloque de constitucionalidad que el bloque de convencionalidad.⁵⁸

4.1. En efecto, tanto el control de convencionalidad como el de constitucionalidad tienen un parámetro de control diverso y un objetivo o finalidad propia, pues mientras con el primero el juez busca asegurar la “primacía convencional”, ya que al enjuiciar desde la CIDH la violación de los derechos humanos de las personas naturales, se pueden enjuiciar actos y hechos de los Estados, a fin de verificar y contrastar su respeto o no al bloque convencional; con el segundo los tribunales nacionales controlan la “constitucionalidad”, al encargarse de hacer realidad la supremacía constitucional en el control constitucional de las leyes, utilizando como parámetro básico para tal verificación el bloque de constitucionalidad⁵⁹, sin perjuicio de que ciertas Constituciones contemplen como parte de su contenido, los derechos humanos consagrados en tratados de tratados internacionales.⁶⁰

4.2. El bloque de convencionalidad tiene un origen internacional sustentado en los tratados, pactos, convenciones, protocolos, resoluciones, principios generales y jurisprudencia sentada por la CIDH; tiene un particular ámbito de regulación, como garantía y protección de los derechos humanos reconocidos en sus fuentes; y por el contenido de los instrumentos que lo integran, que comprende no solo los existentes actualmente, sino también todos aquellos instrumentos que inspirados en el principio de progresividad puedan ser suscritos y ratificados en un futuro por el Estado.

Por su parte, el bloque de constitucionalidad tiene un origen nacional, comprendido por la Constitución, los principios constitucionales y las normas internas de rango constitucional, aun cuando muchas de estas normas no sean fruto de un poder constituyente; su ámbito de regulación abarca los valores y aspectos dogmáticos, los aspectos orgánicos y los medios nacionales de garantía y protección de los derechos humanos; mientras su contenido si bien es estable, goza de cierta flexibilidad, la cual posibilita su modificación, bien mediante la incorporación de nuevas disposiciones en leyes de jerarquía constitucional o por vía de los mecanismos contemplados en la propia Constitución.⁶¹

4.3. El bloque de convencionalidad se desarrolla bajo la interpretación supraconstitucional, y sus efectos, si emanan de un órgano jurisdiccional supranacional, co-

⁵⁶ Murillo Cruz, D. A. *Ob. cit.* p. 25.

⁵⁷ Rodríguez, G. “Artículo 29. Normas de interpretación”. En: Steiner, C. y Uribe, P. (Ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá 2014, p. 711. Apud. Murillo Cruz, D. A. p. 25.

⁵⁸ Eto Cruz, G. *Ob. cit.* p. 307.

⁵⁹ Gutiérrez Ramírez, L. M. *Ob. cit.* pp. 249 y 256; Eto Cruz, G. *Ob. cit.* pp. 307-308; y Brewer-Carías, A. R. *Ob. cit.* p. 3.

⁶⁰ Nogueira, H. “El diálogo de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Corte Internacionales de Derechos Humanos”. Editorial Librotecnia, Santiago: p. 377. Apud. Núñez Donald, C. pp. 159-160.

⁶¹ Hernández-Mendible, V. R. *Ob. cit.* p. 156; y Eto Cruz, G. *Ob. cit.* p. 307.

mo la CIDH, tiene alcances no sólo para el país emplazado y condenado, sino para todos los países de la región; mientras que el bloque de constitucionalidad se ubica dentro del marco de la interpretación constitucional, y sus efectos son limitados al marco del orden interno de que se trate.⁶²

4.4. Si tenemos una sentencia o “precedente vinculante” emana del bloque de constitucionalidad, producto de una interpretación del citado bloque que no sea compatible con el bloque de convencionalidad, y otro fallo que proviene del bloque de convencionalidad; los jueces nacionales, pese a su lealtad a su orden jurídico constitucional, se encuentran convencionalmente obligados a preferir y aplicar la posición de la CIDH.⁶³

4.5. En el caso “*Gelman 2 vs. Uruguay*”, del 20 de marzo de 2013, la CIDH explicó que si un Estado ha ratificado soberana y constitucionalmente la CADH, tal decisión implica incorporar al Derecho interno aquel Tratado, reconociendo la competencia de sus órganos de control (como la Corte Interamericana), por lo que el control de convencionalidad demandado por esta pasa a perfilarse como una obligación de los Estados, tanto en la emisión como en la aplicación de normas. Adicionalmente, el control de constitucionalidad que hacen los jueces nacionales implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercido de forma complementaria (párr. 87 y 88).⁶⁴

Ello implica, como afirma Rey Cantor, que a partir del control de convencionalidad, resulta factible afirmar la existencia, en cabeza de las personas, de un derecho a la supremacía del Derecho internacional de los derechos humanos de carácter regional, lo que le permite, a cualquier justiciable, exigirle a un juez constitucional la aplicación directa e inmediata de ese orden jurídico con preferencia a la legislación interna que lo contradiga⁶⁵, incluso si es de rango constitucional.⁶⁶

De esta manera, la jurisprudencia de la CIDH ha logrado “privilegiar una aproximación en ruptura con el ‘positivismo jurídico’ poniendo en tela de juicio el fundamento voluntarista del Derecho internacional en beneficio de un derecho ‘verdaderamente universal’ aplicable tanto a los Estados como a los seres humanos”.⁶⁷

⁶² Eto Cruz, G. *Ob. cit.* p. 307.

⁶³ *Ibidem.* pp. 308-309.

⁶⁴ Sagüés, N. P. *Ob. cit.* p. 190. Desde tal ángulo, como efecto del nuevo constitucionalismo, que se ha dedicado a una revalorización del Estado de Derecho con una finalidad tuitiva de los derechos fundamentales y con un acento en la protección de la persona humana, lo que ha permitido extremar la positivización de los principios y nuevos derechos (Cassagne, J. C. *Ob. cit.* pp. 205-206), ha operado un cambio radical en: a) el sistema de las fuentes del derecho; b) la interpretación y la consecuente metodología que acompaña a la hermenéutica; c) la realización efectiva del control de constitucionalidad para afirmar la supremacía constitucional; y d) en especial, en la consolidación, en algunos Estados, de un derecho supranacional que conlleva la necesidad de efectuar el control de convencionalidad (*Ibidem.* p. 179).

⁶⁵ Rey Cantor, E. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México 2008, p. 204. Apud. Jinesta Lobo, E. p. 20.

⁶⁶ Jinesta Lobo, E. *Ob. cit.* p. 20.

⁶⁷ Hennebel, L. “Les références juridictions internationales des droits de l’homme croisées entre les juridictions internationales des droits de l’homme” En: Université Libre de Bruxelles, *Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l’Université Libre de Bruxelles*. Bruxelles: Bruylant. 2007, p. 65. Apud. Murillo Cruz, D. A. p. 20.

Tal jurisprudencia de la CIDH ha llevado también a Sagüés a afirmar que la doctrina del control de convencionalidad ha producido una metamorfosis en el concepto mismo de la clásica noción de Constitución nacional, la cual pasa a ser una Constitución “convencionalizada”, esto es, una Constitución nacional, pero con un texto fluido armonizado, conformado, reciclado, por vía de operativos de inaplicabilidad de alguna de sus cláusulas, de selección de interpretaciones, o de construcción de interpretaciones (mutativas por adición, sustracción o mixtas), a fin de adecuarla a las transformaciones que experimenta el Derecho convencional de los derechos humanos, y la jurisprudencia de la CIDH. Y, en consecuencia, se convierte en el instrumento que permite efectivizar el control de constitucionalidad respecto del Derecho interno, y con más razón, el control de convencionalidad.⁶⁸ De modo que, desde tal perspectiva, ni siquiera el poder fáctico o constituyente originario debe apartarse del parámetro de convencionalidad, ni del Derecho internacional de los derechos humanos, por su carácter supraconstitucional y de *ius cogens*.⁶⁹

5. *No forman parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales*

Como corolario de lo anterior, al incorporar algunos países en su bloque de constitucionalidad a los tratados internacionales de derechos humanos –como es el caso de Venezuela–, lo que hacen es “convencionalizar” su Constitución y en caso de conflicto entre sus normas internas y su bloque de constitucionalidad, operará el predominio y la jerarquía de las fuentes de los tratados, mas no porque sean parte del bloque de constitucionalidad, sino porque se trata de la aplicación de normas materialmente convencionales y no constitucionales, por cuanto los tratados exhiben una jerarquía supraconstitucional.⁷⁰

6. *Desaplicación tácita del sistema difuso del control interno de convencionalidad en Venezuela, por torpe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia*

Brewer-Carías explica que en Venezuela, el control de convencionalidad, a semejanza del control de constitucionalidad, se ejerce mediante dos métodos: el método difuso, que corresponde a todos los jueces, que al decidir un caso concreto, deben aplicar normas convencionales internacionales, debiendo inaplicar la norma nacional cuando sea contraria a convenciones internacionales; y el método concentrado, atribuido a la Sala Constitucional del TSJ, consistente en la potestad de decidir acciones de inconstitucionalidad, en las que debe aplicar también convenciones internacionales, y que puede concluir con la declaración de nulidad de alguna norma nacional contraria a tales convenciones.⁷¹

⁶⁸ Sagüés, N. P. *Ob. cit.* p. 192.

⁶⁹ Jinesta Lobo, E. *Ob. cit.* p. 20.

⁷⁰ Eto Cruz, G. *Ob. cit.* pp. 309-310.

⁷¹ Brewer-Carías, A. R. “La desaparición del control difuso de convencionalidad en Venezuela, como precio vil para justificar una condena por danos morales contra el portal La Patilla.com” En: Universidad Católica de Táchira: *Revista Tachirense de Derecho* 5/2019 edición digital/30/2019 Edición ordinaria. Enero-Diciembre 2019. *In Memoriam* Doctor Don Jesús González Pérez. p. 134.

También expone Brewer-Carías que, si el sistema de justicia constitucional de un país no admitiera el control difuso de constitucionalidad de los jueces ordinarios⁷², el control difuso de convencionalidad se mantendría invariable pues implica, sin distinción, que todos los jueces nacionales pueden ejercerlo.⁷³ Pero el prolífico y autorizado tratadista del Derecho público iberoamericano ha debido denunciar que el sistema de control difuso de convencionalidad venezolano ha sido trastocado de manera irresponsable por la Sala de Casación Civil del TSJ con el fallo N° 201 de 4 de junio de 2019, dictado en el juicio por daño moral instaurado por *Diosdado Cabello vs. Inversiones Watermelon, C.A. (La Patilla)*, en la que se declaró improcedente una denuncia que se había interpuesto contra la sentencia casada, por “vicio de incongruencia negativa” al haberse abstenido el tribunal *a quo* de pronunciarse sobre “una solicitud de control de convencionalidad” por violación de la libertad de expresión, con lo que se hizo desaparecer del sistema venezolano, mediante un “disparate” sin base jurídica alguna, el control difuso de convencionalidad, prohibiéndole materialmente a todos los jueces de la República ejercerlo y concentrando totalmente el control de convencionalidad en la Sala Constitucional, sin que esta se haya pronunciado previamente en ese sentido.⁷⁴

Al no esgrimir el fallo judicial mencionado motivación razonable alguna que sustente tan criticable decisión, hacemos votos porque a corto plazo dicho precedente jurisprudencial sea sustituido por un fallo judicial debidamente motivado, que restaure la vigencia del necesario sistema difuso de control interno de convencionalidad en Venezuela.

⁷² Brewer-Carías, A. R. “Sobre el control de convencionalidad, su conceptualización y su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad”. En: Prats, E. J. y Jiminián, M. V. (Coords.) *Constitución, justicia constitucional y derecho procesal constitucional. Liber Amicorum, en honor al Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez*. Santo Domingo, República Dominicana, 2013, p. 18.

⁷³ *Idem*; y también en el sentido de una independencia total entre un control y otro, Gutiérrez Ramírez, L. M. *Ob. cit.* p. 248. Esta opinión no es pacífica ya que algunos doctrinantes han observado que la posibilidad de ejercer un control difuso de convencionalidad (acto externo a sí mismo) por parte de las autoridades estatales requiere, en el marco de un Estado de Derecho, de una norma jurídica expresa de habilitación; y en este sentido, la Corte no puede obviar la configuración propia de cada sistema jurídico de los Estados partes, ni crear por vía jurisprudencial una obligación que no se encuentra prevista en la Convención Americana, ni establecer *ex nihilo* un procedimiento o una acción de convencionalidad en derecho interno (Gutiérrez Ramírez, L. M. *Ob. cit.* pp. 244-245). En consecuencia, se les otorga a los jueces nacionales un margen de discrecionalidad limitado por el ordenamiento jurídico interno *Vid.* Jinesta Lobo, E. *Ob. cit.* p. 7.

⁷⁴ Brewer-Carías, A. R. “La desaparición del control difuso de convencionalidad en Venezuela, como precio vil para justificar una condena por danos morales contra el portal La Patilla.com” En: Universidad Católica de Táchira: *Revista Tachirense de Derecho* 5/2019 edición digital/30/2019 Edición ordinaria. Enero-Diciembre 2019. In *Memorian* Doctor Don Jesús González Pérez. pp. 134-144. Cabe acotar que autorizados doctrinantes han sostenido en los sistemas de control de convencionalidad donde no se permite un control difuso de la constitucionalidad, los jueces nacionales sólo estarían obligados a realizar una interpretación conforme a la Convención. *Vid.* Ferrer Mac-Gregor, E. “Control de convencionalidad (sede interna)” En: Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F.; y Figueroa Mejía, G. A. (Coords.) *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* (2^{da} ed). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2014, pp. 238-239.

CONCLUSIONES

1. Tres son los objetivos del control interno de convencionalidad: a) Prevenir la aplicación de normas nacionales manifiestamente incompatibles con la CADH y que son nulas *ab initio*; b) Permitir a las autoridades del Estado cumplir adecuadamente con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la CADH y otros tratados, y con el cumplimiento de las sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece; y c) Servir como medio para permitir un diálogo jurisprudencial en materia de Derechos Humanos, que permita efectivizar los derechos fundamentales, elemento esencial en la formación e integración de un *ius constitutionale commune* latinoamericano⁷⁵, como función de regulación universal⁷⁶, con el fin de fortalecer el Estado de Derecho y de Justicia, la democracia y los derechos humanos en la región.⁷⁷

2. Sin embargo, no resultan siempre pacíficas las conexiones entre una Constitución nacional, dotada del principio de “supremacía constitucional” –que pretende ser superior a los tratados y convenciones internacionales, de modo tal que si emerge algún conflicto entre éstos y aquélla, prima la Constitución–; con la doctrina del control de convencionalidad, especialmente en la versión exigida por la CIDH.⁷⁸

Aunado a ello, nos encontramos ante un Estado fallido⁷⁹, que intenta imponernos una “Constitución fachada”⁸⁰ y que ha llevado al país a una situación de emergencia

⁷⁵ Ferrer Mac-Gregor, E. *Ob. cit.* pp. 239-240.

⁷⁶ Murillo Cruz, D. A. *Ob. cit.* p. 24.

⁷⁷ Piovesan, F. “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”. En: Bogdandy, A. v.; Fix-Fierro, H.; y Morales Antoniazzi, M. (Coords.) *Ob. cit.* 2014, p. 61. Apud. Murillo Cruz, D. A. p. 24.

⁷⁸ Sagüés, N. P. *Ob. cit.* p. 190. En efecto, el intento de hacer que todas las decisiones judiciales en sede del sistema interamericano de control de convencionalidad tengan efectos *erga omnes* acarrea problemas de legitimidad de sus actos, pues se sustenta en un modelo jerárquico de supremacía del Derecho internacional que, recurrentemente, puede generar paradojas en las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno *Vid.* Bandeira Galindo, G. R. “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” En: Bandeira Galindo, G. R.; Torres Pérez, A.; y Ureña, R. (Ed.) *Protección multinivel de derechos humanos*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona 2013, p. 272. Ello ha llevado a la CIDH a decidir celebrar “sesiones itinerantes” para acercarse a la Corte a los Estados parte y a los interesados. *Vid.* Bogdandy, A. v. “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. En: Universidad Externado de Colombia: *Revista Derecho del Estado* N° 34, enero/junio de 2015, p. 31. Disponible en: 10.18601/01229893.n34.01

⁷⁹ En la doctrina internacional, el “Estado fallido” (*Failed State*), o “colapsado”, “fracasado” o “desestructurado”, fue introducido por Steven R. Ratner y Gerard B. Helman (Ratner, S. R. y Helman, G. B. “Saving failed states”. En: *Foreign Policy*, vol. 89, 1992.3, pp. 3-20. Apud. López Martín, A. G. [2011] “Los Estados ‘fallidos’ y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional”. En: VV.AA. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Victoria-Gasteiz* 2010. Bilbao: Servicio Editorial del País Vasco. p. 183), es definido como un Estado “(...) caracterizado por el colapso total de sus instituciones, absoluto y prolongado en el tiempo, es decir, donde el elemento constitutivo del Estado de la organización política y social ha desaparecido plenamente” (López Martín, A. G. *Ob. cit.* p. 186), y viene definido porque se produce a) una pérdida de control físico de territorio o el monopolio en el uso legítimo de la fuerza; b) una erosión de la autoridad legítima a la hora de adoptar las decisiones precisas; c) una incapacidad de suministrar servicios mínimos a la población, o de paliar graves situaciones de necesidad; y d) la incapacidad de mantener relaciones diplomáticas con otros Estados de la comunidad internacional (Marhuenda, F. y Zamora, F. J. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Dykinson. Madrid: 2016, p. 175. Apud. Mejía Betancourt, J. A. “El estado fallido en

compleja y prolongada. Por lo tanto, salvo excepciones puntuales, no tenemos actualmente un sistema judicial particularmente proclive a garantizar una adecuada interpretación y aplicación tanto del bloque de constitucionalidad como del bloque de convencionalidad, en los términos expresados ut supra.

Esto es así porque, si nos llevamos por la construcción jurisprudencial de una teoría del control ex post de constitucionalidad de la CADH y de los fallos de la CIDH, así como por la sentencia que ha dejado sin efecto el sistema de control difuso de la convencionalidad en Venezuela, podemos inferir, con Armin von Bogdandy, primero, que el Tribunal Supremo de Justicia ha asumido una posición conforme a la cual los conflictos que deben ser resueltos con elementos de convencionalidad son conflictos de poder y por ello difícilmente pueden ser abordados desde el razonamiento jurídico⁸¹; y en segundo lugar, con Góngora-Mera podemos colegir que, adicionalmente, la independencia de los jueces nacionales se ha visto mediatizada por un sistema judicial dependiente del Ejecutivo, con lo que aquella autoridad es operacionalizada políticamente para alinearse a los intereses particulares del gobierno⁸², el cual, para restarle eficacia a los tra-

Venezuela”. En: Universidad Católica de Táchira: *Revista Tachirense de Derecho* 5/2019 edición digital/30/2019 Edición ordinaria. Enero-Diciembre 2019. In *Memorian* Doctor Don Jesús González Pérez. Revista arbitrada. pp. 251-252).

⁸⁰ Prats explica al respecto: “(...) el régimen [chavo-madurista en Venezuela] está intentando pasar, en la terminología de Karl Loewenstein, de una Constitución que, en los primeros años de Hugo Chávez en el poder, comenzó siendo ‘normativa’; que, en la actualidad, es ‘nominal’, o sea, no se aplica realmente, por su constante violación por los poderes públicos y por su mala interpretación, equivalente a ‘maltrato constitucional’ (Roberto Gargarella), gracias a la macabra, funesta y descarada ‘alquimia interpretativa’ (Néstor Pedro Sagüés) del infame Tribunal Supremo de Justicia; y que ahora se busca que mute a una Constitución ‘semántica’, ‘pseudonstitución’, ‘Constitución disfraz’, ‘Constitución fachada’, aplicada no tanto para normar el proceso político sino para solamente legalizar el existente monopolio del poder por parte del grupo gobernante chavomadurista.” *Vid.* Prats, E. J. “El poder constituyente de Sieyès a Maduro.” En: Brewer-Carías, A. R. y García Soto, C. (Comp.) (2017) *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, p. 11.

⁸¹ Bogdandy, A. v. *Ob. cit.* p. 36.

⁸² Góngora-Mera, M. E. *Ob. cit.* p. 324. Durante los últimos 21 años, en Venezuela se le ha dado un peso esencial en la vida jurídica a la ideología para restárselo al contenido específico de las proposiciones normativas, lo que ha producido la subordinación del Derecho a la política -y la proliferación de la actuación de elecciones políticas, de que habla Damaska- en detrimento de las reglas, los valores, principios, fines o aspiraciones que la ley persigue o expresa. *Vid.* Delgado, F. J. *Chavismo y Derecho*. Editorial Galipán. Caracas 2017, pp. 77-78 y 85.

Exempli gratia, de acuerdo a las conclusiones del Informe de la Comisión Internacional de Juristas, publicado en septiembre de 2017 y titulado “El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: un instrumento del Poder Ejecutivo”: “a) (...) [S]e ha socavado el Estado de Derecho y la democracia en Venezuela, vulnerado el principio de separación de poderes (...) b) El Poder Judicial, como consecuencia de sus decisiones basadas en imponer los intereses políticos del Poder Ejecutivo, ha perdido sus atributos esenciales y distinguibles, tales como: autonomía, independencia y legitimidad (...) d) El TSJ ha sido cooptado por el partido de Gobierno, convirtiéndose en un apéndice del Poder Ejecutivo y dejando de ejercer su función constitucional de garante del Estado de Derecho y de los derechos humanos y libertades fundamentales. e) El TSJ ha asumido un rol de dar apariencia de legitimidad jurídica a las acciones políticas arbitrarias emanadas del Poder Ejecutivo (...)”. *Vid.* Salinas Rivera, A. y Andreu-Guzmán, F. *El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: un instrumento del Poder Ejecutivo*. Ginebra-Suiza, Comisión Internacional de Juristas. 2017, p. 50. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/09/Venezuela-Tribunal-Supremo-Publications-Reports-The-matic-reports-2017-SPA.pdf>

tados internacionales de derechos humanos a nivel interno, ya el 10 de Septiembre de 2013 había denunciado la CADH. Sin embargo, la Asamblea Nacional el 15 de Mayo de 2019, aprobó el reingreso de Venezuela al Pacto de San José.⁸³

3. Si bien la jurisprudencia nacional no ha respetado ni aplicado los estándares de interpretación internacionales en el desarrollo del principio del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, ni tampoco ha garantizado a nivel interno el cumplimiento de las sentencias de la CIDH⁸⁴, tal tendencia resulta previsible que solo pueda revertirse cuando nuestro país pueda servirse de la vigencia de un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia, robusto y efectivo, que respete la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos. No obstante, resulta esta una excelente oportunidad para que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la CIDH, sigan interpretando y aplicando el bloque de convencionalidad en los casos concretos que conozca sobre las violaciones de derechos humanos acaecidas de Venezuela, mientras conserve su jurisdicción.

⁸³ Cepaz “Reingreso de Venezuela a la jurisdicción de Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 03-06-2019. Disponible en: <https://www.examenonvenezuela.com/democracia-estado-de-derecho/reingreso-de-venezuela-a-la-jurisdiccion-de-corte-interamericana-de-derechos-humanos>

⁸⁴ Góngora-Mera, M. E. *Ob. cit.* p. 324.

15. PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

Carlos GARCÍA SOTO*

Resumen: El principio de la formación del Derecho por grados refleja la necesidad de que el orden jurídico se establezca mediante un sistema jerárquico, en el que una norma establece los procedimientos para que se formen las normas inferiores, y en el que las normas inferiores deben respetar el contenido de las normas superiores.

Palabras claves: Formación del Derecho por grados. Orden jurídico. Sistema jerárquico. Normas procedimentales. Validez jerárquica de las normas.

Abstract: The principle of the formation of the Law by degrees reflects the necessity that the legal order be established by a hierarchical system, in which a rule establishes the procedures to produce inferior regulations, and in which inferior rules should respect the content of the higher rules.

Key words: Formation of Law by degrees. Legal order. Hierarchical system. Procedural rules. Hierarchical validity of the rules.

INTRODUCCIÓN

Una de las manifestaciones del principio de legalidad aplicable a las actuaciones estatales es que el sistema de producción de las normas jurídicas está previsto de antemano en el propio ordenamiento jurídico: el Derecho positivo establece el modo como se producen las nuevas normas jurídicas y el modo como se reforman o derogan las normas jurídicas vigentes.

Ello quiere decir algo elemental: la producción de nuevas normas, o su reforma o derogatoria, no puede provenir de un hecho de fuerza, ni de forma arbitraria. De hecho, un rasgo esencial de los regímenes autoritarios es, precisamente, el irrespeto a los procedimientos para dictar la Constitución, de las Leyes o Reglamentos.

De tal manera, el modo como se dicta cada norma tiene su regulación en el propio Derecho. Como veremos, ello tiene dos consecuencias fundamentales: (i) por una parte, que la norma superior indica el modo como debe producirse la norma inferior, y (ii) por otra parte, la norma inferior debe respetar el conjunto de las normas superiores, lo que determina la validez de tales normas.

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y de Entorno Regulatorio en el IESA, Caracas, Venezuela. Tesorero de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Abogado, *magna cum laude*, Universidad Monteávila. Doctor en Derecho, sobresaliente cum laude, Universidad Complutense de Madrid. Ha sido Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Monteávila. Correo electrónico: cgarcia@uma.edu.ve.

I. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO ESTRUCTURA JERÁRQUICA

Una de las explicaciones más usuales sobre el modo de producción y aplicación del Derecho es utilizar la imagen de una pirámide. El origen de esta imagen está en la explicación sobre “la estructura jerárquica del orden jurídico” de Hans Kelsen¹.

Esta imagen de la pirámide puede servir de forma gráfica para entender la estructura del orden jurídico dictado por el Estado, y el principio de la formación del Derecho por grados, como núcleo alrededor del cual se organiza esa estructura.

La estructura jerárquica del orden jurídico supone que el conjunto de normas jurídicas tiene un orden interno en función de la jerarquía de esas normas. De tal manera, como se verá, una norma superior define el procedimiento para que se formen las normas inferiores, las que en todo caso deben respetar el contenido sustantivo de las normas superiores.

Todos esos actos jurídicos se relacionan, pues de forma jerárquica, de manera que puede ser valorados a los efectos de determinar su validez, vigencia y aplicabilidad conforme al criterio de la jerarquía. Es por ello que como señala Allan R. Brewer-Carías:

“En consecuencia, el ordenamiento jurídico no puede ser interpretado como un mero agregado de componentes inorgánicos y desordenados, o simplemente como una mera yuxtaposición causal de normas. Al contrario, para poder comprender a cabalidad el ordenamiento jurídico de un Estado, todos esos componentes deben organizarse en forma jerárquica, de manera que formen un sistema jurídico con diferentes tipos de normas unificadas y relacionadas. En otras palabras, deben responder a un orden sistemático, con relaciones de dependencia entre las diferentes partes, partiendo de la existencia de una base común de validez, con la forma de ley fundamental y superior (Constitución), de manera que la creación de una norma legal siempre se basa en otra norma legal”².

En líneas generales, puede señalarse que en la punta de la “pirámide” se encuentran los Tratados internacionales, particularmente los relativos a derechos humanos. Luego la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico interno, que regula la organización del Estado y reconoce y protege los derechos humanos. De forma inmediata a la Constitución se encuentra la Ley, que tiene como objeto regular los más va-

¹ Véase, por ejemplo, *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, pp. 135 y ss, quien señala que “Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden, cuando en el análisis final, su validez depende de una norma o ley única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden y que forma su unidad. En esta forma, una norma pertenece a un orden dado cuando sólo existe la posibilidad de hacer que su validez dependa de la norma fundamental que es la base de tal orden” (p. 135). Véanse los comentarios al planteamiento de Kelsen, Hans en Brewer-Carías, Allan R. *Los principios fundamentales del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, pp. 19 y ss. Como apunta Brewer-Carías en otro lugar: “La teoría de Kelsen sobre los sistemas jurídicos como una jerarquía de normas es, sin duda, un método útil para identificar la relación jerárquica que existe entre el conjunto de normas o de reglas de derecho que forman un sistema legal. En este sentido, cada norma que pertenece al sistema, normalmente se deriva de otra norma, y esta cadena de derivaciones culmina en una *Grundnorm* o Constitución, que constituye la última razón que justifica la existencia de todas las normas del sistema” (*Instituciones Políticas y Constitucionales*, T. I (*El régimen histórico-constitucional del Estado*), Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1996, p. 107).

² *Los principios fundamentales del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, cit., p. 22.

riados aspectos de la vida social. Por debajo de la Ley encontraremos el Reglamento, que es una norma jurídica dictada por la Administración Pública, esencialmente subordinada a la Ley. Inmediatamente después del Reglamento se encuentran otros actos administrativos. Las Sentencias que dictan los jueces deben ser dictadas según el procedimiento establecido en Leyes y Reglamentos.

Esta escala de formación de actos jurídicos estatales da lugar a una distinción muy importante en el Derecho venezolano, incluso para efectos jurisdiccionales: unos actos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como las Leyes, los Decretos-Leyes o los Decretos de Estado de Excepción, mientras que otros actos son dictados en ejecución directa e inmediata de la Ley, y por ello de forma indirecta y mediata de la Constitución, como es el caso de los Reglamentos y otros actos administrativos, como se verá.

II. LA NORMA SUPERIOR INDICA CÓMO SE FORMA LA NORMA O ACTO INFERIOR

1. *Introducción*

La primera manifestación del principio de la formación del Derecho por grados es que cada norma fija el procedimiento para que sea dictada la norma inferior, procedimiento que variará según el tipo de norma.

Ello significa que para que una norma sea válida, debe ser dictada conforme al procedimiento que es previsto en una norma de rango superior. Tales normas, así, son normas procedimentales, cuya observancia es necesaria para la validez de la norma a ser dictada, o a ser reformada, o derogada.

Desde esa perspectiva, lo usual en sistemas continentales como el nuestro, es que en virtud del principio de la formación del Derecho por grados, las distintas normas van señalando los procedimientos para que sean dictadas las normas inferiores, salvo algunos casos particulares, como el de la Constitución que establece sus propias reglas de modificación o, incluso, para que sea dictada una nueva Constitución.

Sobre esa base, en el Derecho venezolano podemos encontrar el siguiente esquema:

- (i) La Constitución establece las reglas de su reforma, enmienda o de su derogación por una nueva Constitución;
- (ii) La Constitución establece el procedimiento para que se dicten actos con rango legal (Tratados, Leyes, Decretos de Estado de Excepción, entre otros actos);
- (iii) La Ley –y eventualmente el Reglamento en desarrollo de la Ley– establece el procedimiento para que se dicten Reglamentos, otros actos administrativos y Sentencias.

Conforme a ese esquema, analicemos brevemente las normas procedimentales sobre la producción de normas en el Derecho venezolano.

2. *La formación de normas jurídicas en el Derecho venezolano conforme al principio de la formación del Derecho por grados*

A. *Normas procedimentales sobre la Constitución*

La Constitución establece los procedimientos para (i) la enmienda a la Constitución, (ii) su reforma y (iii) para dictar una nueva Constitución (Título IX. De la reforma constitucional). De tal manera, las reglas procedimentales para dictar la Constitución, o modificarla, están previstas en el mismo texto constitucional, como se señaló.

a. *Las normas sobre la enmienda constitucional*

En primer lugar, la Constitución regula el modo como se puede enmendar a la propia Constitución.

Así, conforme con el artículo 340 se tiene que la enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental.

La iniciativa para enmendar la Constitución corresponde al quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral, o a un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o al Presidente de la República en Consejo de Ministros.

En los casos en los que la iniciativa parte de la Asamblea Nacional, la enmienda va a requerir la aprobación de la Asamblea Nacional por la mayoría de sus integrantes y se discutirá según el procedimiento establecido en la propia Constitución para la formación de las leyes.

En todo caso, el Consejo Nacional Electoral someterá a referendo las enmiendas a los treinta días siguientes a su recepción formal.

Finalmente, conforme al artículo 346 de la Constitución, el Presidente de la República está obligado a promulgar la enmienda dentro de los diez días siguientes a su aprobación.

b. *Las normas sobre la reforma constitucional*

El alcance de la reforma constitucional es más amplio. Según el artículo 342 de la Constitución, la reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial del texto constitucional y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales de la Constitución.

También conforme a lo previsto en el artículo 342, la iniciativa para ir a un procedimiento de reforma constitucional corresponde a la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, al Presidente de la República en Consejo de Ministros, y a un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

El procedimiento para la reforma constitucional está previsto en el artículo 343 de la Constitución y consta de las siguientes fases:

- (i) El proyecto de reforma constitucional debe tener una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo;
- (ii) Tendrá lugar una segunda discusión, por Título o Capítulo, según fuera el caso;

(iii) Habrá una tercera y última discusión artículo por artículo;

(iv) La aprobación del proyecto de reforma constitucional por la Asamblea Nacional tendrá lugar en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la solicitud de reforma, y

(v) El proyecto de reforma se considerará aprobado cuando cuente con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional.

Una vez que el proyecto de reforma constitucional es aprobado por la Asamblea Nacional, debe ser sometido a un referendo aprobatorio, dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El principio general es que el referendo se pronunciará en conjunto sobre la reforma, si bien se podrá votar separadamente hasta una tercera parte de ella, si así fuere aprobado por un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional, o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente de la República, o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral (artículo 344 de la Constitución).

De acuerdo al artículo 345 de la Constitución, la reforma de la Constitución se declarará como aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos. En todo caso, la iniciativa de reforma constitucional que no fuere aprobada no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.

Finalmente, conforme al artículo 346 de la Constitución, el Presidente de la República está obligado a promulgar la reforma dentro de los diez días siguientes a su aprobación.

c. *Las normas sobre la Asamblea Nacional Constituyente*

En tercer lugar, la Constitución regula la figura de la Asamblea Nacional Constituyente, que es la instancia política para que se produzca una nueva Constitución.

Conforme al artículo 347 de la Constitución, el pueblo de Venezuela puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de (i) transformar el Estado, (ii) crear un nuevo ordenamiento jurídico, y (iii) redactar una nueva Constitución.

Pero la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente puede corresponder a las siguientes personas (artículo 348 de la Constitución):

(i) El Presidente de la República en Consejo de Ministros;

(ii) La Asamblea Nacional mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes;

(iii) Los Concejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos, y

(iv) El quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

El artículo 350 de la Constitución establece varias reglas aplicables a los Poderes Públicos en el contexto de una Asamblea Nacional Constituyente: (i) el Presidente de la República no podrá objetar la nueva Constitución; (ii) los Poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, y (iii) una vez promulgada la nueva Constitución, se publicará en la Gaceta Oficial o en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente.

B. *Normas procedimentales sobre los Tratados*

Corresponde al Presidente de la República celebrar y ratificar los Tratados, Convenios o Acuerdos internacionales (numeral 4 del artículo 236 de la Constitución).

El artículo 154 de la Constitución es central en la materia, al establecer la aprobación parlamentaria de los Tratados internacionales:

“Artículo 154. Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional”.

Por su parte, conforme al numeral 18 del artículo 187 de la Constitución corresponde a la Asamblea Nacional aprobar por Ley los Tratados o Convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional, salvo las excepciones consagradas en la Constitución.

Por otra parte, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 336 de la Constitución, es atribución de la Sala Constitucional verificar, a solicitud del Presidente o de la Asamblea Nacional, la conformidad con la Constitución de los Tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

El artículo 217 de la Constitución señala que la oportunidad en que deba ser promulgada la Ley aprobatoria de un Tratado, de un Acuerdo o de un Convenio internacional, queda a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.

En el artículo 73 de la Constitución se establece los referendos aprobatorios para los supuestos en los cuales los Tratados, Convenios o Acuerdos internacionales pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales. La iniciativa de tales referendos corresponderá al Presidente de la República en Consejo de Ministros, o por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, o por la iniciativa del quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

C. *Normas procedimentales sobre la Ley*³

La Ley es el acto estatal cuyo procedimiento para ser dictado encuentra una regulación más detallada.

El procedimiento para la formación de las Leyes está previsto en la Constitución y en el *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional* establecen las normas procedimentales para que se dicten las Leyes⁴.

³ Véase Peña Solís, José. *El procedimiento legislativo en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009, *passim* y Carlos García Soto, *La Asamblea Nacional: lugar en el sistema constitucional y funciones*, Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana-Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, Caracas, 2016, pp. 24-59.

a. *Iniciativa de las Leyes*

El artículo 204 de la Constitución señala quiénes tienen iniciativa legislativa, a saber:

- (i) El Poder Ejecutivo Nacional⁵;
- (ii) La Comisión Delegada y las Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional;
- (iii) Los integrantes de la Asamblea Nacional, en número no menor de tres;
- (iv) El Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trate de las Leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales;
- (v) El Poder Ciudadano, cuando se trate de las Leyes relativas a los órganos que lo integran;
- (vi) El Poder Electoral, cuando se trate de las Leyes relativas a la materia electoral;
- (vii) Los electores en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos en el Registro Civil y Electoral⁶, y
- (viii) El Consejo Legislativo, cuando se trate de Leyes relativas a los Estados.

Conforme al artículo 107 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*, en caso de presentación simultánea de dos o más proyectos de Ley sobre una misma materia, la Asamblea Nacional, acordará su estudio de manera conjunta por parte de la Comisión a la cual corresponda, quien los trabajará, integrándolos en lo que sea posible por mayoría de sus integrantes, para presentar uno solo ante la plenaria. Por otra parte, cuando habiéndose iniciado el proceso de estudio de un proyecto, fuere recibido otro que trate sobre la misma materia, se remitirá a la Comisión correspondiente a los fines de su incorporación en el proceso de estudio. En todo caso, la Asamblea Nacional no admitirá o aprobará en primera discusión proyectos que sean iguales en esencia al que se discute.

b. *Requisitos para la presentación y discusión de proyectos de Ley*

El artículo 103 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional* establece los requisitos que deben cumplirse para la presentación y discusión de proyectos de Ley, y se establecen las siguientes reglas:

⁴ Por el carácter introductorio de este trabajo, nos referiremos sólo a la Ley dictada por la Asamblea Nacional. Las Leyes estatales y las Ordenanzas municipales tienen habitualmente sus propias reglas de procedimiento Leyes estatales y Ordenanzas municipales.

⁵ El artículo 87 de la *Ley Orgánica de la Administración Pública* (LOAP), ratifica la iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo Nacional. Por su parte, el artículo 88 de la Ley establece el procedimiento para la elaboración de proyectos de ley por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

⁶ El artículo 205 de la Constitución advierte que la discusión de los proyectos de Ley presentados por los electores 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.

(i) Todo proyecto de Ley debe ser presentado ante la Secretaría y estará acompañado de una exposición de motivos que contendrá, al menos:

- La identificación de quienes lo propongan,
- Los objetivos que se espera alcanzar y
- El impacto e incidencia presupuestaria y económica, o en todo caso, el informe de la Dirección de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional;

(ii) En caso que un proyecto no cumpla con los requisitos señalados, de acuerdo al criterio de la Junta Directiva, se devolverá a quienes lo hubieran presentado a los efectos de su revisión, suspendiéndose mientras tanto el procedimiento correspondiente;

(iii) El proyecto que cumpla con los requisitos señalados se le dará Cuenta para ser incorporado al sistema automatizado;

(iv) En cada Sesión se dará Cuenta a la plenaria de los proyectos de Ley recibidos por Secretaría,

(v) Para ser sometido a discusión, todo proyecto debe estar acompañado de la exposición de motivos y ser puesto a disposición de los Diputados por parte de la Secretaría.

c. *Discusión del proyecto de Ley*

a'. *Dos discusiones*

El artículo 207 de la Constitución establece que todo proyecto de Ley requiere dos discusiones, en días diferentes. Una vez que el proyecto es aprobado, el Presidente de la Asamblea Nacional declarará sancionada la Ley.

De acuerdo al artículo 210 de la Constitución, la discusión de los proyectos que quedaren pendientes al término de las sesiones podrá continuarse en las sesiones siguientes o en sesiones extraordinarios.

a". *Primera discusión*

Conforme al artículo 104 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*, la Junta Directiva fijará la primera discusión de todo proyecto dentro de los diez días hábiles siguientes, luego de transcurridos los cinco días consecutivos de su incorporación por Secretaría, salvo que por razones de agenda extienda el plazo establecido, o por urgencia la Asamblea Nacional decida un plazo menor, pudiendo incluso incorporar la discusión en la misma Sesión.

En la primera discusión de la Ley se considerará la exposición de motivos y se evaluarán los objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la Ley, y se discutirá el articulado (artículos 208 de la Constitución y 104 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*).

Conforme al artículo 104 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*, la decisión será de aprobación, rechazo o diferimiento, y se tomará por mayoría. En caso de rechazo del proyecto, la Presidencia lo comunicará a quienes lo hayan propuesto y ordenará archivar el expediente respectivo.

Una vez que el proyecto es aprobado en primera discusión, debe ser remitido a la Comisión directamente relacionada con la materia objeto de la Ley. Si el proyecto estuviere relacionado con varias Comisiones Permanentes, se designará una comisión mixta para realizar el estudio y presentar el informe, para lo que disponen de un plazo no mayor de treinta días consecutivos. (artículos 208 de la Constitución y 104 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*).

b". *Segunda discusión*

Según el artículo 105 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*, la Presidencia de la Comisión que tenga a su cargo el estudio del proyecto de Ley lo remitirá a quienes integren la misma con el material de apoyo existente, y designará, oída la Comisión, al ponente o una Subcomisión que tendrá a su cargo la presentación del proyecto de informe respectivo, para la segunda discusión.

También conforme a esa norma, en el proyecto de informe se expondrá la conveniencia de diferir, rechazar o de proponer las modificaciones, adiciones o supresiones que considere.

Por otra parte, el proyecto de informe se pronunciará en relación con las proposiciones hechas en la primera discusión del proyecto. Las comisiones mixtas realizarán el estudio y presentarán informe de los proyectos de Ley, en las mismas condiciones de las comisiones permanentes.

El artículo 105 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional* señala que en el cumplimiento de su misión el ponente o la Subcomisión contarán con la asesoría, asistencia técnica y logística, propias de la Comisión respectiva, y de los servicios de apoyo de la Asamblea Nacional.

El proyecto de informe se imprimirá y distribuirá entre quienes integren la Comisión. La discusión se realizará artículo por artículo.

Conforme al artículo 105 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*, las comisiones que estudien proyectos de Ley presentarán los informes correspondientes a consideración de la Asamblea Nacional en un plazo no mayor de treinta días consecutivos, contados desde la fecha de su recepción, a menos que por razones de urgencia la Asamblea Nacional decida un lapso menor, o que por necesidad de extender la consulta pública se requiera un plazo mayor.

Una vez recibido el informe de la Comisión correspondiente, la Junta Directiva acordará se le dé Cuenta, ordenará su incorporación en el sistema automatizado y fijará, dentro de los diez días hábiles siguientes, la segunda discusión del proyecto, salvo que por razones de agenda la Presidencia acuerde un lapso mayor o por razones de urgencia, la Asamblea Nacional decida un lapso menor, pudiendo incorporarse en la agenda el mismo día (artículo 106 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*).

La segunda discusión del proyecto de Ley será realizada artículo por artículo y versará sobre el informe que presente la Comisión respectiva (artículos 209 de la Constitución y 106 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*).

El informe contendrá tantos puntos como artículos tenga el proyecto de Ley, también se considerarán el título de la Ley, los epígrafes de las distintas partes en las cuales esté sistematizado el proyecto y la propia ordenación sistemática. En relación a éstas últimas consideraciones que contendrá el informe, se someterán a votación sin debate,

pudiendo intervenir un Diputado para objetarla o hacerle modificaciones y uno de los presentantes del proyecto para defenderla o acoger la propuesta, por tres minutos cada uno. Abierto el debate sobre algún artículo, cualquier Diputado podrá intervenir en su discusión, de conformidad con las reglas establecida (artículo 106 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*).

Si se aprueba sin modificaciones, queda sancionada la Ley. En caso contrario, si sufre modificaciones, se devolverá a la Comisión que corresponda, para que la Comisión las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos (artículo 209 de la Constitución).

Una vez que se lea la nueva versión del proyecto de Ley en la plenaria de la Asamblea Nacional, ésta decidirá por mayoría de votos lo procedente respecto a los artículos en que hubiere discrepancia y a los que tuvieren conexión con éstos. Una vez resuelta la discrepancia, la Presidencia declarará sancionada la Ley (artículo 209 de la Constitución).

b'. *Sanción de las Leyes*

Conforme al artículo 213 de la Constitución, una vez que se ha sancionado la Ley, se extenderá por duplicado con la redacción final que haya resultado de las discusiones. Los ejemplares serán firmados por el Presidente, los dos Vicepresidentes y el Secretario de la Asamblea Nacional, con la fecha de su aprobación definitiva. Uno de los ejemplares de la Ley debe ser enviado por el Presidente de la Asamblea Nacional al Presidente de la República a los fines de su promulgación.

c'. *Discusión de proyectos de Ley pendientes*

Por otra parte, el artículo 109 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional* regula el supuesto de proyectos de Ley pendientes por discusión. Conforme a esa norma, los proyectos de Ley que queden pendientes por no haber recibido las discusiones reglamentarias al término del ejercicio anual correspondiente se seguirán discutiendo en las sesiones ordinarias siguientes. En ese sentido, podrán incluirse en las sesiones extraordinarias inmediatas, si las hubiere, a petición del Presidente, de la Junta Directiva o de la Comisión Consultiva, contando con la aprobación de la Asamblea Nacional.

d'. *Rechazo de un proyecto de Ley*

El artículo 108 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional* prevé el supuesto del rechazo del proyecto de Ley. Conforme a esa norma, la Asamblea Nacional podrá rechazar un proyecto de Ley en cualquiera de sus discusiones. El proyecto de Ley, artículo o parte de éste que haya sido rechazado, no podrá ser considerado en las sesiones ordinarias del mismo período, salvo que sea propuesto con modificaciones sustanciales y declarado de urgencia por la Asamblea Nacional. En todo caso, esto no impide que artículos de un proyecto que hubieran sido rechazados o diferidos, sean presentados en otro proyecto de Ley.

e'. *Título y numeración de las Leyes*

El artículo 110 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional* establece las reglas aplicables al título y numeración de las Leyes:

De tal manera, a los fines de su sistematización y ordenación, las Leyes sancionadas por la Asamblea Nacional se titularán de la siguiente forma:

(i) El título de la Ley indicará el tipo, número y fecha, además de la forma abreviada de su contenido;

(ii) El tipo se indicará mediante las expresiones Ley Orgánica, Ley de Bases, Código Orgánico, Código, Ley Habilitante, Ley Especial, Ley Aprobatoria o Ley, según corresponda;

(iii) La fecha de las Leyes será la de su promulgación, para lo cual se hará la correspondiente indicación al Poder Ejecutivo Nacional;

(iv) Las Leyes de cada año se numerarán consecutivamente según el orden de su promulgación, para lo cual se hará la correspondiente indicación al Poder Ejecutivo Nacional;

(v) Las previsiones anteriores se aplicarán a todo tipo de Ley, incluidas la Ley anual de presupuesto y las aprobatorias de tratados internacionales.

f. *Promulgación de las Leyes*

De acuerdo al artículo 214 de la Constitución, el Presidente de la República promulgará la Ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. En acuerdo con el Consejo de Ministros, podrá dentro de ese lapso, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la Ley o levante la sanción a toda la Ley o a parte de ella.

En ese supuesto, la Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados por el Presidente de la República, por mayoría absoluta de los Diputados presentes y le remitirá la Ley para la promulgación.

También conforme al artículo 214 de la Constitución, el Presidente de la República debe proceder a promulgar la Ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

De acuerdo al artículo 215, la Ley queda promulgada al publicarse con el “Cúmplase” en la Gaceta Oficial.

Según el artículo 216 de la Constitución, cuando el Presidente no promulgue la Ley en los lapsos correspondientes. El Presidente y los dos Vicepresidentes de la Asamblea Nacional deben proceder a su promulgación, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el Presidente por su omisión.

g. *Referendo aprobatorio*

De acuerdo al artículo 73 de la Constitución, deben ser sometidos a referendo aquellos proyectos de Ley, cuando así fuere decidido por lo menos las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional.

En el caso que el referendo concluyera con un sí aprobatorio, y siempre que hubiere concurrido el veinticinco por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral, el proyecto será sancionado como Ley.

h'. *Consultas legislativas*

De acuerdo a los artículos 211 de la Constitución y 101 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*, la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes deben consultar a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los proyectos de Leyes durante su procedimiento de discusión y aprobación⁷.

También conforme al artículo 211 de la Constitución, tendrán derecho de palabra en la discusión de las Leyes los Ministros en representación del Poder Ejecutivo; el Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia que sea designado por éste, en representación del Poder Judicial; el representante del Poder Ciudadano designado por el Consejo Moral Republicano; los integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un representante designado por el Consejo Legislativo y los representantes de la sociedad organizada.

Conforme a los artículos 206 de la Constitución y 102 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*, los Estados de la Federación deben ser consultados por la Asamblea Nacional, a través del Consejo Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos.

También podrán formularse otras consultas conjunta o separadamente, en los ámbitos regional, estatal o local sobre las mismas materias, a criterio de los grupos parlamentarios regionales y estatales, de los representantes de la Asamblea Nacional ante los consejos de planificación y coordinación de políticas públicas, o de la comisión de la Asamblea Nacional encargada del estudio. Corresponde a la Ley establecer los mecanismos de consulta a la sociedad civil y de más instituciones de los Estados, por parte del Consejo, en esas materias.

i'. *Control de la constitucionalidad de los proyectos de Ley*

Conforme al artículo 214 de la Constitución, cuando el Presidente de la República considere que la Ley o alguno de sus artículos es inconstitucional, debe solicitar el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la Ley. La Sala Constitucional decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente de la República. Si la Sala Constitucional niega la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente de la República promulgará la Ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión de la Sala o al vencimiento de dicho lapso.

d. *Leyes Orgánicas*

En cuanto a las Leyes Orgánicas, el artículo 203 de la Constitución advierte que todo proyecto de Ley Orgánica, salvo los supuestos en los que la propia Ley califica determinados tipos de Ley como Orgánica, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de Ley. Tal votación calificada es aplicable también para la modificación de las Leyes Orgánicas.

⁷ Conforme al artículo 101 del *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional*. “Todas las consultas serán de carácter público y previa difusión del material pertinente, con plena identificación de quienes participen en ellas, sistematizando todas las propuestas que se presenten”.

Por otra parte, para los supuestos en los que una Ley haya sido calificada por la Asamblea Nacional como orgánica, será necesario remitirlas antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que ésta se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional debe decidir en un término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. En el caso en el que la Sala Constitucional declare que la Ley no es Orgánica, la Ley pierde ese carácter (artículo 203).

e. *Leyes Habilitantes*

Conforme con el artículo 204, serán Leyes Habilitantes las que sean sancionadas por la Asamblea Nacional por mayoría de las tres quintas partes de sus integrantes, y que tengan como fin establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente de la República. Las Leyes Habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio.

f. *Derogación de las Leyes*

De acuerdo al artículo 218 de la Constitución, las leyes se derogarán por otras Leyes.

g. *Abrogación de las Leyes*

También conforme al artículo 218 de la Constitución, las Leyes se abrogan por referendo, según se verá más adelante, salvo las excepciones establecidas en la Constitución.

h. *Reforma de las Leyes*

El artículo 218 señala que las Leyes podrán ser reformadas total o parcialmente. La Ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto, que incorporará las modificaciones aprobadas.

i. *Referendos abrogatorios de Leyes*

Conforme al artículo 74 de la Constitución, un número no menor del diez por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral, o el Presidente de la República en Consejo de Ministros, pueden solicitar que se someta a referendo abrogatorio total o parcial las Leyes. Para los casos de Decretos-Leyes, se requiere un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

En todo caso, también conforme al artículo 74 de la Constitución, se requiere un quórum de validez para el referendo abrogatorio, fijado en la exigencia de la concurrencia de por lo menos el cuarenta por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

Sin embargo, no podrán ser sometidas a referendo abrogatorio 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.

Por último, no podrá celebrarse más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia.

D. *Decretos de Estado de Excepción*

El régimen para la formación de los Decretos de Estados de Excepción está previsto en los artículos 337 al 339 de la Constitución y en la *Ley Orgánica de los Estados de Excepción* (LOEE).

Conforme a la Constitución y a la LOEE, el Decreto de Estado de Excepción es un Decreto presidencial dictado en Consejo de Ministros, que tiene como objeto establecer medidas excepcionales para atender circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos⁸, y para las que resultan insuficientes las facultades ordinarias de las que se dispone para hacer frente a esos hechos⁹.

Conforme al artículo 338 de la Constitución, el Decreto que declare el Estado de Excepción debe ser presentado dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado a la Asamblea Nacional, para su consideración y aprobación (artículo 339 de la Constitución y artículos 26 y siguientes de la LOEE). La LOEE establece las reglas parlamentarias especiales en cuanto a la consideración y aprobación del Decreto por la Asamblea Nacional.

Por otra parte, también de acuerdo al artículo 339 de la Constitución y a los artículos 31 y siguientes de la LOEE, el Decreto que declare el Estado de Excepción debe ser presentado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. La LOEE establece las reglas procesales específicas por las cuales se producirá la decisión de la Sala Constitucional.

E. *Normas procedimentales sobre el Reglamento*

En el orden jerárquico del ordenamiento jurídico venezolano, por debajo de la Ley encontramos el Reglamento, que puede ser entendido, a grandes rasgos, como la norma jurídica sub-legal dictada por la Administración Pública¹⁰.

Las normas procedimentales sobre el Reglamento están previstas en LOAP; *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* (LOPA) y algunas Leyes especiales, según explicaremos ahora de forma resumida.

El artículo 90 de la LOAP establece el procedimiento general para dictar un Reglamento, el cual implica estos pasos:

- (i) La iniciación del procedimiento de elaboración corresponde al ministerio competente según la materia, mediante la elaboración del proyecto al debe acompañarse un informe técnico y un informe sobre su impacto o incidencia presupuestaria;

⁸ Conforme al artículo 2 de la LOEE “Artículo 2. Los estados de excepción son circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (...)”.

⁹ En ese sentido, el artículo 2 de la LOEE advierte que “(...) Los estados de excepción solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos”.

¹⁰ El Reglamento, en tanto norma sub-legal, debe diferenciarse del Decreto-Ley y del Decreto de Estado de Excepción, dictados por el Presidente de la República, pero con rango legal, según ya fuera señalado.

(ii) Durante el procedimiento deberán recabarse, además de los informes, los dictámenes correspondientes y cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar la eficacia y la legalidad del proyecto;

(iii) Elaborado el texto se someterá a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas, y

(iv) Aprobado el reglamento por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, entrará en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial, salvo que el Reglamento disponga otra cosa.

El artículo 91 de la LOAP advierte que el Ejecutivo Nacional deberá aprobar los reglamentos necesarios para la eficaz aplicación y desarrollo de las leyes dentro del año inmediatamente siguiente a su promulgación.

F. *Normas procedimentales sobre el acto administrativo*

Los actos administrativos son dictados conforme a las reglas previstas en la LOPA, la LOAP, Leyes especiales, y eventualmente en Reglamentos, que podrá contener algunas normas aplicables para la producción de actos administrativos.

La LOPA establece con carácter general los requisitos formales y materiales de validez del acto administrativo, de manera que si el acto administrativo incumple uno de sus requisitos, podrá declararse que incurre en algún vicio del acto administrativo, lo que podría acarrear eventualmente su nulidad.

Leyes especiales de Derecho Administrativo pueden contener reglas especiales para la formación de actos administrativos. Es usual, por ejemplo, en las Leyes especiales que establecen procedimientos administrativos de carácter sancionatorio, en los que se establecen principios y reglas para la formación del acto administrativo, que tienen como objeto, por ejemplo, establecer mecanismos de protección de los derechos procesales del eventual sancionado.

Desde ese punto de vista, el principio de la formación del Derecho por grados establece que tanto la Constitución, como la Ley, como el propio Reglamento, en tanto acto administrativo de efectos generales, pueden establecer principios y reglas para la formación de actos administrativos de efectos particulares (es decir, que no tienen contenido normativo, sino que deciden casos particulares).

G. *Normas procedimentales sobre la Sentencia*

Si bien las Sentencias están llamadas en principio a decidir casos particulares, pueden ser consideradas como parte del ordenamiento jurídico, en tanto establecen reglas de Derecho. Y si bien generalmente son reglas de Derecho particulares, en algunos supuestos esas reglas tienen alcance general, como cuando, por ejemplo, la Sala Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma. Una decisión de ese tipo, como se sabe, extrae del ordenamiento jurídico una norma o un conjunto de normas.

Desde ese punto de vista, el principio de la formación del Derecho por grados también tiene importantes consecuencias para las Sentencias: el propio ordenamiento positivo establece los principios y reglas que conducen el proceso judicial en el que tienen lugar las Sentencias que dictan los Jueces.

En esta materia, la legislación establece tales principios y normas a través de procedimientos que son diseñados en la Ley (artículo 156.32 de la Constitución). El caso emblemático es el *Código de Procedimiento Civil*, que establece un régimen de principios y reglas para que el Juez decida los asuntos civiles y mercantiles. El *Código de Procedimiento Civil*, incluso, es de aplicación supletoria para procedimientos en otras materias.

Otra regulación positiva para la producción de decisiones judiciales es la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, que además de establecer normas sobre la organización del máximo tribunal, fija los procedimientos que deben seguirse ante ese Tribunal. Sin embargo, por ejemplo, los procedimientos que se sigan ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se rigen por otra Ley especial, la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.

IV. LA NORMA INFERIOR DEBE RESPETAR EL CONJUNTO DE NORMAS SUPERIORES

La segunda gran manifestación del principio de la formación del Derecho por grados es que no sólo es necesario que cada norma se produzca según el procedimiento previsto en la norma superior, sino que la norma inferior debe respetar el conjunto de normas superiores, ya desde una perspectiva material. Así, por ejemplo, si la Constitución señala el procedimiento para que la Ley sea dictada, se requiere además que el contenido material de la Ley respete a la Constitución. Si se considera que una disposición de la Ley viola a la Constitución, o que una disposición del Reglamento viola a la Ley, debería desaplicarse voluntariamente esa norma o pedir al Poder Judicial que la declare nula.

De tal manera, el principio aplica no sólo desde una perspectiva formal, procedimental, sino que también tiene una consecuencia material, sustantiva: las normas inferiores deben respetar el contenido de las normas superiores. Si una norma inferior, por el contrario, viola lo dispuesto en una norma superior, ello tendrá consecuencias jurídicas que podrán llevar, incluso, a la nulidad de esa norma inferior.

Es también entonces desde esa perspectiva que se considera que el Derecho es un orden jerárquico, en el que las distintas normas tienen una jerarquía intrínseca, según su posición en el ordenamiento jurídico. Esa jerarquía condiciona la interpretación, aplicación y validez de esas normas. La solución de problemas jurídicos supone necesariamente, en mayor o menor medida, la valoración de las normas jurídicas aplicables al caso a partir de, entre otros criterios, el de la jerarquía en el ordenamiento de esas normas.

De tal manera, y en resumen, el propio Derecho establece el criterio para juzgar la validez de las normas, que alcanza tanto al control procedimental de formación y publicación de la norma, sino también al contenido material de la norma.

El propio ordenamiento establece controles sobre la interpretación, aplicación y validez de las normas desde el criterio jerárquico. Tales controles pueden ser administrativos o judiciales, encomendándose en todo caso de forma tradicional al Poder Judicial la potestad de controlar el ordenamiento desde el punto de vista de la jerarquía de las distintas normas.

Se trata, así, de una manifestación del principio del control jurisdiccional de todos los actos estatales, en este caso, de la función normativa del Estado. El Poder Judicial puede controlar la interpretación y aplicación de una norma en base al criterio jerárquico, lo que supone la aplicación práctica del principio de la formación del Derecho por grados. Como consecuencia de esa valoración sobre la interpretación y aplicación de una norma en base al criterio jerárquico, puede decidir o no sobre la validez de la norma, lo que podría por ello llevar a la declaratoria de su nulidad, con distintos efectos subjetivos, sustantivos y temporales.

Es desde esa perspectiva que el control jurisdiccional de los actos estatales se divide en el control de la constitucionalidad y en el control de la legalidad de esos actos del Poder Público.

El caso prototípico es la facultad que en la propia Constitución (artículo 336) de otorga a la Sala Constitucional para, por ejemplo,

- (i) Declarar la nulidad total o parcial de las Leyes nacionales y demás actos con rango de Ley de la Asamblea Nacional que colidan con la Constitución (numeral 1);
- (ii) 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 ella (numeral 2),
- (iii) Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legislativas y declarar cuál debe prevalecer (artículo 8).

De hecho, uno de los criterios habituales para determinar la competencia del Poder Judicial para conocer de actos estatales de tipo normativo reside en la jerarquía de esos actos. Como se señaló, la estructura jerárquica del orden jurídico supone que unos actos estatales sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, mientras que otros son dictados en ejecución directa e inmediata de la Ley y, por ende, en ejecución mediata e indirecta de la Constitución. Así, lo habitual en los ordenamientos de tipo continental como el nuestro, es que las Leyes –actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución– sean conocidas por Cortes o Salas Constitucionales, y los Reglamentos y otros actos administrativos –dictados en ejecución directa e inmediata de la Ley– por Jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ejemplo.

Es por ello entonces que en virtud del principio de la formación del Derecho por grados, el ordenamiento no sólo establece los procedimientos para que sea dictado el ordenamiento jurídico, sino que permite establecer unos criterios jerárquicos para la valoración material de las normas.

16. PRINCIPIO DE RESERVA LEGISLATIVA (ORDINARIA Y ORGÁNICA)

Armando Luis BLANCO GUZMÁN*

Resumen: El presente trabajo aborda el principio de reserva legislativa, analizando particularmente el contexto, concepto y contenido de la reserva legal ordinaria en el ordenamiento jurídico venezolano, así como la excepción de los decretos ley, su justificación y condiciones de procedencia, para posteriormente, desarrollar el contenido de la reserva de ley orgánica y finalmente, analizar la inconstitucionalidad y consecuente nulidad de los denominados decretos ley orgánicos.

Palabras claves: La reserva legal, la reserva de ley orgánica, los decretos ley, la inconstitucionalidad de los decretos ley orgánicos.

Abstract: This paper deals with the principle of legislative reserve, analyzing in particular the context, concept and content of ordinary legal reserve in the Venezuelan legal system, as well as the exception of the decree-law, their justification and conditions of origin, to develop the content of the organic law reserve and finally, analyze the unconstitutionally and consequent nullity of the so-called organic decree laws.

Key words: Legal Reserve. Organic Law, Reserve. Decree Laws. Organic Decree Laws. Unconstitutionality

INTRODUCCIÓN

Montesquieu¹ (citado por La Roche) recogió en *El Espíritu de las Leyes*, la formulación aristotélica de la separación de las funciones esenciales del Estado, que sería igualmente desarrollada por Locke en el siglo XVII, al propugnar una monarquía limitada por el poder.

Con ellos surgió la noción moderna del principio de separación de poderes que, ha evolucionado desde la concepción de funciones categorizadas en compartimientos estancos, hacia una visión donde cada rama del Poder Público ejerce de manera preponderante, pero no excluyente ni exclusiva, la función que le es propia por atribución constitucional.

* Profesor de la Universidad Monteávila. Doctorando en derecho en la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en derecho administrativo. Profesor de Postgrado de la Universidad Monteávila y de la Universidad Central de Venezuela. Caracas-Venezuela. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales. Correo electrónico: albg74@gmail.com).

¹ Montesquieu, citado por La Roche, H. *Derecho Constitucional*, T. I, Vigésima Edición. Ediciones Vadell Hermanos, Valencia 1991.

En efecto, el principio de separación de poderes no presenta actualmente la concepción monopólica que atribuía de manera aislada y rígida el ejercicio de una función esencial a cada rama del Poder Público. Antes bien, la visión moderna se basa en la idea de que el Poder Público se divide orgánicamente en varias ramas que desarrollan, con carácter principal y de forma específica, la función que le es natural, pero sin que esa función le sea reconocida de manera privativa o exclusiva.

En otras palabras, el principio de separación de poderes no postula que las funciones esenciales del Estado son ejercidas de forma excluyente por cada rama del Poder Público, sino que, cada una de esas ramas desarrolla, de forma primordial y particular, la función que por su naturaleza le ha sido asignada por la Constitución.

Es decir que, las potestades del Estado convergen en cada rama del Poder Público y así, por ejemplo, la potestad normativa (esto es, la facultad que tiene el Estado de crear derecho y con ello, dictar normas que innovan e integran el ordenamiento jurídico), es propia de los cuerpos deliberantes, según lo previsto en el artículo 187 del Texto Fundamental, pero no exclusiva de ellos, ya que las demás ramas del Poder Público también pueden dictar actos normativos.

En efecto, la potestad normativa está distribuida entre las distintas ramas del Poder (división horizontal), lo cual, da lugar a los distintos reglamentos y decretos que integran el ordenamiento jurídico. Pero además, se encuentra dividida entre los distintos entes político territoriales (división vertical), lo cual, da lugar a leyes nacionales, estatales y ordenanzas y finalmente, se encuentra “dividida en grados”², lo cual, da lugar a tipos normativos de orden constitucional (como las leyes constitucionales); infra constitucionales (como las leyes orgánicas o los decretos ley, entre otros); y sub legales, como los reglamentos.

Ahora bien, dentro de ese universo normativo y de órganos con competencia en la materia, existe un tipo especial de ley que se encuentra definido por el órgano que la dicta, el procedimiento para su creación y las materias sobre las cuales recae. A dichas leyes se les conoce como leyes formales y las materias que en ella se regulan, son lo que se conoce como la reserva legal.

La presente monografía tiene por objeto hacer una aproximación a la idea de la reserva legal, así como a la denominada reserva de ley orgánica y finalmente, analizar los denominados decretos ley orgánicos.

I. LA RESERVA LEGAL

El concepto de Poder Público se puede abordar desde dos perspectivas, a saber:

La primera acepción es orgánica y está referida a las figuras subjetivas del Estado encargadas del desarrollo de sus funciones esenciales. Es decir, la estructura corporativa que desarrolla preferentemente y de una forma específica una potestad y que por tanto, forma parte de la organización plurisubjetiva contenida en la parte orgánica de la Constitución para que el Estado obre a favor del cumplimiento de sus objetivos.

² Moles Caubet, A. *El principio de legalidad y sus implicaciones*. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1974, p. 281.

La segunda acepción es material o sustancial y está referida a las actividades en sí mismas. Es decir, a las potestades, que no son otra cosa que “el catálogo de tareas o cometidos esenciales del Estado”³ y por ende, aquellas cuestiones que le son inherentes a cualquier Estado independientemente de su forma (liberal, social, democrática, etc.).

En palabras de Njaim⁴, el Poder Público en sentido material, es “el conjunto de acciones necesarias, reiterativas y estables en todo Estado”, que tienen las siguientes características:

1.- Su origen constitucional, es decir, son órganos que están reconocidos directamente en el Texto Fundamental a diferencia de otras figuras subjetivas que tiene origen legal.

2.- Su carácter fiduciario, es decir, que producen efectos directos sobre la esfera jurídica de los particulares. Verbigracia, las leyes que se dictan tienen aplicación directa sobre los particulares y el propio Estado; Las sentencias vinculan directamente a los justiciables que intervienen en los procesos; la actividad administrativa, a través de los servicios públicos, policía administrativa, etc., se refleja sobre la sociedad de forma directa.

3.- Su desarrollo permanente y continuo, es decir, que no son competencias esporádicas ni eventuales, sino que se verifican a diario sobre la colectividad. Así, todos los días las leyes producen efectos, los órganos del Poder Ejecutivo desarrollan su actividad prestacional y el Poder Judicial resuelve los conflictos que se le presentan.

4.- Que, como un efecto del principio de separación de poderes, los órganos que componen las distintas ramas del Poder Público ejercen, de manera preponderante y particular, la función que le es natural y en este contexto, el Poder Legislativo es el único que desarrolla la potestad normativa a través de leyes formales y que como consecuencia de ello, dicta normas sobre las materias que deben ser reguladas por este tipo normativo. Esas materias es lo que se conoce como la reserva legal.

Ciertamente, la reserva legal es aquel conjunto de materias que, por disposición constitucional, deben ser reguladas por el Poder Legislativo Nacional, cumpliendo con el procedimiento de creación de las leyes formales.

Se trata así, de un concepto formal/competencial que, no solo refleja la “teoría clásica de la ley”⁵, sino que le da contenido al conjunto de normas que conforman al ordenamiento jurídico por antonomasia, esto es, a las leyes formales.

En otros términos, es la serie de asuntos que la Constitución atribuye al Legislador para que, dentro del marco constitucional, construya el ordenamiento. Por ello, el maes-

³ Brewer-Carías, A. R. *Instituciones políticas y Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1996, p. 112.

⁴ Njaim, H. *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso y su tendencia jurisprudencial*. Editorial Paredes libros Jurídicos. Caracas 2002, p. 640.

⁵ García de Enterría, E. y Fernández, T. *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª Edición, T. II, Editorial Cívitas, Madrid 2000, p. 178.

tro Moles Caubet⁶ afirmaba que, era aquello cuya delimitación es del dominio de la ley formal y ello, por supuesto varía en los distintos ordenamientos jurídicos.

En el caso venezolano, la reserva legal está recogida en el artículo 156.32 del Texto Fundamental, en los siguientes términos:

“Artículo 156.- Es de la competencia del Poder Público Nacional:

...omissis...

32.- La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil; penal, penitenciaria; de procedimientos; y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública y social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarias y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

La citada norma establece el conjunto de materias cuya normación debe hacerse solo a través de ley formal y que por tanto, conforman la reserva legal. En concepto de Molas⁷, esa competencia es indelegable y por tanto, el Poder Ejecutivo no tiene competencias para regularlas ni a través de decretos ley.

Ahora bien, la afirmación de Molas es la regla general, pero dicha regla, reconoce una excepción, a saber, la de los decretos ley, esto es, los actos normativos con rango y fuerza de ley que puede dictar el Poder Ejecutivo Nacional solo cuando ha sido habilitado temporal y específicamente para ello por la Asamblea Nacional, a los fines de atender una determinada circunstancia que exige una regulación inmediata que no puede esperar a ser regulada siguiendo el procedimiento de creación de ley.

Así lo afirma Pérez Royo⁸, al señalar que, los decretos ley, son una excepción al monopolio legislativo de los órganos deliberantes del Estado y como excepción, no opera en todo tipo de circunstancias, sino cuando la necesidad de regulación desborda la capacidad de respuesta del Poder Legislativo.

De allí que, Lares⁹ justificara la habilitación legislativa solo en situaciones de anormalidad en la vida pública. Es decir, únicamente cuando un suceso difícil o imposible de prever torna inoperante al Estado por ausencia de una regulación idónea y entonces, ante la necesidad de una regulación que permita atender dicho suceso, el legislador faculta al Poder Ejecutivo para que dicte el marco normativo necesario para solucionar la contingencia.

⁶ Moles Caubet, A. *El principio de legalidad y sus implicaciones*. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1974, p. 15.

⁷ Molas, I. *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. España 1998, p. 246.

⁸ Pérez Royo, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons. Madrid 2000, p. 810.

⁹ Lares Martínez, E. *Manual de Derecho Administrativo*. 2ª Edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1992, p. 111.

Por tanto, cuando el Estado afronta condiciones especiales que exceden la capacidad de respuesta del Poder Legislativo para producir una regulación sometida a reserva legal, es cuando surgen las leyes habilitantes y con ellas, los decretos ley.

Debido a lo expuesto, las leyes habilitantes deben ser motivadas, pues la motivación es la forma a través de la cual se pueden controlar la oportunidad, la conveniencia, y la proporcionalidad de la habilitación y en consecuencia, la correspondencia entre los motivos y los fines de la misma.

II. LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA

Las leyes orgánicas son un tipo especial de ley formal y material, tal como se desprende del artículo 203 de la Carta Magna, que dispone lo siguiente:

“Artículo 203. Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes.

Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas.

Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica la ley perderá este carácter.

Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio”.

La disposición constitucional transcrita, atribuye expresamente al Poder Legislativo la competencia exclusiva de admitir todo proyecto de ley orgánica, salvo las que tengan tal carácter por denominación del Texto Fundamental, lo cual, no supone que puedan emanar de otro órgano distinto al parlamento, sino que, los proyectos de ley orgánica por denominación constitucional nacen con ese carácter y no deben ser admitidos como tales, pues ya lo traen antes de su admisión. Es decir, todas las leyes orgánicas presentan un componente orgánico, según el cual, emanan de la Asamblea Nacional.

Asimismo, la citada disposición establece quórum especial para todas las leyes calificadas como orgánicas por el Poder Legislativo, esto es que, deben ser admitidas, discutidas, aprobadas y sancionadas por las dos terceras partes de sus integrantes.

Seguidamente, el referido artículo dispone que, este tipo normativo se encuentra sometido a un mecanismo de control previo de la constitucionalidad, según el cual, las leyes calificadas como orgánicas por el Poder Legislativo, serán remitidas antes de su promulgación al Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que éste determine la constitucionalidad del carácter orgánico que se le ha atribuido.

Pero la especificidad de las leyes orgánicas no es un asunto exclusivamente orgánico y procedimental. Antes bien, ocupan una posición central en el ordenamiento jurídico, pues su finalidad es la de regular ciertas materias que el constituyente consideró de singular importancia.

De allí, la afirmación de Peña Solís¹⁰, según la cual, las leyes orgánicas responden al principio de competencia y no de jerarquía (salvo las leyes constitucionales, todas las leyes se ubican entre la Constitución y los reglamentos, y por tanto, tienen el mismo rango normativo dentro de la estructura piramidal del ordenamiento o la división por grados del mismo), toda vez que, versan sobre materias de especial interés para el Estado.

Siendo ello así, precisemos cuáles son las materias que determinan la especialidad sustancial de las leyes orgánicas.

En primer lugar, están las leyes orgánicas por denominación constitucional, esto es, las que el propio Texto Fundamental califica como tales. Verbigracia la Ley Orgánica de la Fuerza Armada o la Ley Orgánica de Seguridad Social, entre otras.

En segundo lugar, se encuentran las leyes orgánicas que se dictan para organizar Poderes Públicos. En términos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹¹, este tipo de leyes orgánicas son aquellas que delinear como se compone cada rama del Poder Público.

De manera tal que, este tipo de leyes orgánicas se enmarcan dentro de la potestad organizativa del Estado, pero de una forma integral sobre cada rama del Poder Público, regulando de manera general y exhaustiva cuáles son las estructuras subjetivas que lo componen y complementariamente, cuáles son las atribuciones que tienen para actuar en sus relaciones interorgánicas e intersubjetivas.

Entonces, para identificar a estas leyes del resto de los instrumentos que el ordenamiento jurídico reconoce para el ejercicio de la potestad organizativa, debe analizarse si en la misma se traza todo el esquema subjetivo de un Poder Público o si por el contrario, se desarrolla la potestad organizativa para crear o modificar algún órgano en concreto (verbigracia, creando tribunales, institutos autónomos, etc.).

En tercer lugar, se encuentran las leyes orgánicas dictadas para desarrollar los derechos constitucionales, es decir, aquellas en las cuales se regulan los aspectos esenciales, básicos o medulares para el ejercicio o prestación de un derecho, con lo cual, quedan fuera de este subtipo normativo aquellas leyes que tocan ciertos atributos de un derecho o que regulan algunas de sus modalidades. Verbigracia, las leyes que establecen sanciones y penas que implican privación de libertad, no son orgánicas, pues simplemente tocan un aspecto de la libertad (la denominada libertad ambulatoria, no así, otros elementos del derecho a la libertad).

Lo propio ocurre con las leyes adjetivas que establecen procedimientos judiciales. En esos casos, se establece una modalidad del derecho al debido proceso, es decir, se

¹⁰ Peña, J. *Manual de derecho Administrativo*. T. I. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2000, p. 119.

¹¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 1565, dictada el 21 de octubre de 2008, en el caso Ley Orgánica de Gestión Integral de Riesgo Socionatural y Tecnológico.

regula su ejercicio particular sobre el área procesal civil, administrativa, penal, etc., creando una de las vías a través de las cuales transitan los derechos adjetivos de los particulares.

Significa entonces que, para atribuir el carácter orgánico a una ley porque regula un derecho humano, debemos estar ante una normativa que aborda de manera general los aspectos esenciales del derecho, así como su forma de ejercicio y desarrollo. Por ejemplo, la educación, la salud, etc. De allí, que este tipo de leyes no son comunes en el ordenamiento jurídico, ya que por regla general, el goce y ejercicio de los derechos no depende de los parámetros que determine el Estado, salvo que así sea necesario para asegurar el ejercicio inocuo de los mismos o que se trate de derechos prestacionales.

En cuarto lugar, se encuentran las denominadas leyes marco, esto es, los conjuntos normativos que elaboran un cuadro general cuyo desarrollo queda encomendado al legislador ordinario. En otros términos, las leyes que sientan las bases para una legislación complementaria ulterior, lo cual, ordinariamente ocurre en materia de competencias concurrentes, donde el legislador nacional dicta las leyes de base que serán posteriormente complementadas a través de las leyes de desarrollo que dictan los entes políticos territoriales menores. Verbigracia, Ley Orgánica del Poder Público Municipal, donde se establecen los lineamientos generales, para que los legisladores municipales dicten las ordenanzas.

De lo expuesto se desprende que las leyes orgánicas tienen tres elementos característicos, el órgano que las dicta, el procedimiento agravado que debe cumplir el órgano para su aprobación y finalmente, un elemento sustancial que, se refiere a las materias que deben ser reguladas vía ley orgánica. Todo ello, da lugar a la denominada reserva de ley orgánica, que como afirma Girón¹², no es otra cosa que la condición que ha impuesto el constituyente para que determinadas materias, de especial importancia, sean reguladas por una mayoría calificada del Poder Legislativo.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ATRIBUIRLE CARÁCTER ORGÁNICO A LOS DECRETOS LEY EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

La institución de los decretos ley con carácter orgánico en el ordenamiento jurídico venezolano, ha sido ampliamente desarrollada por el Ejecutivo Nacional, previa habilitación del Poder Legislativo y la anuencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹³, la cual, estableció lo siguiente:

“la ley habilitante es una ley base que sirve de marco normativo a otras leyes (legislación delegada), por lo que debe afirmarse que se trata de una ley que reviste carácter orgánico según la disposición constitucional mencionada ut supra, cuya única particularidad es la exigencia de un quórum calificado distinto al resto de las leyes orgánicas investidas con tal carácter por la Asamblea Nacional. Pero, si la ley habilitante es una ley marco por su naturaleza, ciertamente también se tratará de una ley orgáni-

¹² Girón, E. “Control de constitucionalidad en Colombia”. VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sevilla 2003, p 13.

¹³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia N° 1265, dictada el 5 de agosto de 2008, en el caso Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares.

ca así denominada por la Constitución, por lo cual no resulta necesario que sea calificada como tal por la Asamblea Nacional, ni que sea remitida a esta Sala Constitucional para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico.

Partiendo de las aseveraciones anteriormente expresadas, esta Sala precisa señalar que la nueva Carta Magna –al contrario de lo previsto en la Constitución de 1961– estableció formalmente en su artículo 236, numeral 8, la posibilidad de que la Asamblea Nacional delegue su potestad normativa al Presidente de la República, sin ningún tipo de límites de contenido. No obstante, se observa que la referida norma constitucional no solamente plantea la inexistencia de límites materiales para la habilitación legislativa en cuanto al objeto o contenido de la ley, sino que además, tampoco establece limitación en cuanto a la jerarquía de la norma legal, motivo por el cual esta Sala considera que el Presidente de la República, en ejercicio de tal habilitación, podría dictar no sólo leyes ordinarias, sino también leyes orgánicas, pero le corresponderá a la Sala Constitucional declarar la constitucionalidad del carácter orgánico del decreto legislativo, sólo cuando el acto no haya sido calificado con tal carácter por la Constitución.

Con fundamento en el tercer aparte del artículo 203 y el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Asamblea Nacional autorizó al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, dictara decretos con fuerza de ley, de acuerdo con las directrices, propósitos y marco de las materias delegadas. El artículo 1, numeral 5, literal a, le preceptuó al Presidente:

‘Dictar medidas que promuevan la ciencia, la tecnología y la innovación, determinando los mecanismos institucionales y operativos para la promoción, estímulo y fomento de la investigación científica y la innovación tecnológica. Dicha regulación establecerá los mecanismos de coordinación y financiamiento de proyectos dirigidos a promover la ciencia, la tecnología y la innovación, con el propósito de impulsar los procesos de generación, utilización, difusión, transferencia y gestión de estas actividades en todos los ámbitos relacionados con el desarrollo social, cultural y económico del país.

Se establecerán mecanismos para incentivar el desarrollo de redes regionales, nacionales e internacionales de cooperación científica y tecnológica en apoyo al sector industrial, empresarial, académico y educativo del país, implementando programas de formación del capital humano para cultivar el desarrollo científico, tecnológico y humanístico. Asimismo, se fomentarán vínculos entre las instituciones de investigación científica y tecnológicas y la industria, a los fines de facilitar la transferencia e innovación’.

Para el establecimiento de este nuevo régimen, el Presidente de la República, en ejercicio de la discrecionalidad que le permite realizar el análisis de la materia objeto de regulación y precisar así la normativa procedente para cumplir con la finalidad de la mencionada Ley habilitante, dictó, con fuerza de ley orgánica, el Decreto Legislativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, dado que consideró que esa debía ser la eficacia de la normativa necesaria para adecuar y establecer los correctivos indispensables en pro del interés público, lo cual resulta estar ajustado –en cuanto a su denominación orgánica– a las previsiones de la habilitación legislativa, pues la disposición antes transcrita no refirió si el instrumento normativo que debía dictar en esta materia, era con rango de ley orgánica u ordinaria.

En definitiva, esta Sala concluye que el Presidente de la República puede, en ejercicio de la legislación delegada mediante ley habilitante, dictar decretos legislativos orgánicos”.

Del análisis de la decisión parcialmente transcrita se evidencia que, el Máximo Tribunal de la República admite la atribución del carácter orgánico a los decretos ley, sobre las siguientes premisas:

- 1.- La posibilidad que tiene el Poder Legislativo de delegar su función preponderante en el Poder Ejecutivo.
- 2.- Que las leyes habilitantes son “leyes de base” y por tanto, “leyes orgánicas”.
- 3.- Que contrariamente a lo que prescribía la Constitución de 1961, las leyes habilitantes no tienen límites de contenido y por tanto, puede “delegarse” la legislación sobre cualquier materia.
- 4.- Que no hay restricción en cuanto a la “jerarquía” de las normas que puede dictar el Poder Ejecutivo una vez habilitado para dictar decretos ley.
- 5.- Que, el poder Ejecutivo puede dictar decretos ley orgánicos siempre que el decreto verse sobre el catálogo de materias a que se refieren las leyes orgánicas.
- 6.- Que, todo decreto ley orgánico, deberá ser sometido a la consulta sobre el carácter orgánico ante la Sala constitucional del Máximo Tribunal, salvo que sea una “ley Orgánica” por denominación constitucional.

Al respecto, las leyes habilitantes y con ellas, los decretos ley son una manifestación del principio de colaboración de poderes que, como afirmamos *supra*, se justifican, únicamente, en situaciones de anormalidad en la vida pública, en las cuales, es necesario regular, de manera urgente, la actuación del Estado frente a una contingencia que no es posible resolver conforme al ordenamiento preexistente y que además, no puede esperar que se cumpla con el procedimiento de creación de ley para que se tomen las medidas normativas que deben regular la actuación del Estado para solucionar la situación que se presentó.

Ciertamente, las leyes habilitantes y consecuentemente, los decretos ley, surgen cuando la Administración carece de soporte jurídico para afrontar un suceso imprevisto y por ello, le solicita al legislador que lo habilite a dictar normas con rango, fuerza y valor de ley para así actuar y solucionar la contingencia.

De tal manera que, los decretos ley tienen, por naturaleza, carácter excepcional y ello implica que su ejercicio debe ser restrictivo y que por tanto, no deben ser dictados sino en aquellos casos en que las circunstancias lo exigen, de lo cual se desprende que deben estar circunscritos a las materias que son de la reserva legal, pero en ningún caso, a las materias que forman parte de la denominada reserva de ley orgánica, ya que ésta recae sobre el objeto más trascendental del debate parlamentario y el análisis de esas materias debe estar apartado de todo apremio o circunstancia anómala que pueda atentar contra la debida ponderación que exige el estudio de las grandes decisiones legislativas.

Lo expuesto encuentra su soporte axiológico en el principio de proporcionalidad, que como afirma Casal¹⁴, permite evaluar la oportunidad, la conveniencia y la racionalidad.

¹⁴ Casal, J. “Algunos Cometidos en la Jurisdicción Constitucional en la Democracia. La Jurisdicción Constitucional”, *Democracia y Estado de Derecho* (1º Edición). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2005, p. 44.

lidad de la actuación del Estado, en este caso, lo inconveniente que resulta abordar los asuntos más importantes de la legislatura en una situación imprevista, apremiante y por parte de un órgano que no es representativo de la voluntad popular.

Efectivamente, el principio de proporcionalidad, también denominado test de compatibilidad con el sistema democrático es, como señala Casado Ollero¹⁵, un parámetro que permite evaluar la adecuación de los medios que se emplean a los fines que se persiguen y en este sentido, la vocación de los decretos ley no es la de sustituir al legislador en cualquier circunstancia, menos aún en la tarea de deliberar sobre las materias sometidas a reserva de ley orgánica, porque no es legítimo que un órgano no representativo regule, en condiciones excepcionales y urgentes, aquello que está llamado a ser objeto de una concienzuda deliberación.

En virtud de lo expuesto, es cierto que el Poder Legislativo tiene la posibilidad de delegar su función preponderante en el Poder Ejecutivo, pero reiteramos, esa es una situación excepcional y como tal, no puede operar abiertamente en cualquier circunstancia.

Luego, aun cuando la Constitución de 1999 no circunscribe las habilitaciones legislativas a la materia económica y financiera (como lo hacía el Texto fundamental de 1961), sino que admite que otras razones de orden sanitario, de seguridad, etc., den lugar a que se dicte una ley habilitante, ello en modo alguno supone que las leyes habilitantes no tengan límites de contenido, concretamente los límites que derivan de la reserva de ley orgánica.

Por tanto, no es que no hay restricción en cuanto a la “jerarquía” de las normas que puede dictar el Poder Ejecutivo, pues como afirmamos *supra*, las leyes orgánicas no responden al principio de jerarquía, sino al principio de competencia y entonces, lo que hay es una restricción de las materias delegables que las circunscribe a las materias de la reserva legal ordinaria.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico no es admisible la tesis francesa de la jerarquía de las leyes orgánicas, en primer término, porque la jerarquía no es una categoría aplicable al ordenamiento jurídico (estructurado en grados y no en jerarquías) y en segundo término, porque las leyes orgánicas responden al principio de especialidad (por el órgano que las dicta, por el procedimiento que deben cumplir y por las materias que regulan).

En consecuencia, el poder Ejecutivo no puede dictar válidamente decretos ley orgánicos, porque ello está fuera de su competencia constitucional, ya que toda ley orgánica es una ley formal.

CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones anteriores podemos concluir que, la reserva legal está conformada por aquellas materias que la Constitución establece que deben ser reguladas en leyes formales, esto es, por parte del Poder Legislativo Nacional a través del procedimiento de creación de las leyes.

¹⁵ Citado por Moreno J. *La Discrecionalidad en el Derecho Tributario*. Editorial Lex Noca. Madrid 1998, p. 56.

Excepcionalmente y por ende, de forma restrictiva, esas materias que conforman la reserva legal pueden ser reguladas en decretos ley, cuando el Poder Legislativo faculte temporal y justificadamente al Poder Ejecutivo para dictar actos con rango, valor y fuerza de ley, y así atender una situación que requiere regulación inmediata.

Las leyes habilitantes, en ningún caso deben extenderse a las materias sometidas a la reserva de ley orgánica, ya que este tipo normativo es, por exigencia constitucional, una ley formal con procedimiento agravado que, además, versa sobre materias que no deben ser reguladas en circunstancias de apremio y anormalidad que, reiteramos, es donde se justifica la habilitación, sino con un acucioso análisis del Parlamento.

En otras palabras, resulta lesivo del principio de proporcionalidad que se regulen las materias sometidas a reserva de ley orgánica en las circunstancias excepcionales y de urgencia que son las que justifican a los decretos ley.

Ello así, la figura de los decretos ley ha sido ampliamente utilizada por el Poder Ejecutivo Nacional, previa habilitación del Poder Legislativo, al punto que se han dictado de 280 decretos ley (53 en el año 1999, 49 en el 2001, 59 en el año 2008, 54 en el año 2012, 45 en el año 2014 y 20 en el año 2015) en los últimos 20 años de la denominada Quinta República.

La referida situación, es *sui generis* y viola el carácter excepcional de los decretos ley, toda vez que, ha permitido que el Poder Ejecutivo “legisle” más que el propio órgano representativo del Estado, tal como ocurrió en el año 2014, en el cual, se dictaron más decretos ley que leyes formales (45 decretos ley, mientras que se dictaron solo 5 leyes formales), en ejercicio de una habilitación legislativa que duró 12 meses.

De hecho, las habilitaciones amplísimas y generales que se le han otorgado al Poder ejecutivo para que dicte actos con fuerza, rango y valor de ley, no son más que una manifestación del fenómeno de la concentración de poderes que, no solo presenta una especial gravedad cuando se ha invadido la reserva de ley orgánica, sino que vicia de inconstitucionalidad a todos esos decretos ley orgánicos y en consecuencia, los hace nulos.

17. LAS LEYES HABILITANTES EN LA CONSTITUCIÓN: SU DESNATURALIZACIÓN SISTEMÁTICA POR LOS PODERES LEGISLATIVO, EJECUTIVO Y JUDICIAL

José PEÑA SOLÍS*

Resumen: El trabajo tiene como propósito demostrar como la acción sistemática de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, desarrollada entre los años 2000 a 2015, ha desnaturalizado a la institución de las leyes habilitantes, y por ende, a la delegación legislativa, por supuesto, infringiendo el artículo 203, tercer aparte, constitucional, dando lugar a un nuevo ordenamiento de rango legal post constitucional, que constituye aproximadamente el ochenta y cinco por ciento del ordenamiento de rango legal que actualmente rige nuestro país, con la particularidad que es totalmente inconstitucional.

Palabras claves: Leyes habilitantes, desnaturalización, decretos legislativos.

Abstract: This paper is aimed to demonstrate how the systemic action of the legislative, executive and judicial branches of the State, performed between the years 2000 and 2015, has denaturalized the institution of enabling acts, and therefore, the legislative delegation. This definitely represents an infringement of the article 203, last paragraph, of the constitutional text, giving rise to a new post-constitutional legal framework that amounts to approximately eighty five percent of the legal system that is currently enforced in our country, with the particularity that it is totally unconstitutional.

Key words: Enabling acts, denaturalization, legislative decrees.

I. LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE LAS LEYES HABILITANTES O DE DELEGACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

1. *El diseño de la delegación legislativa*

Conviene aclarar que un trabajo destinado a estudiar solamente las leyes habilitantes sin vincularlas con los decretos con fuerza ley resultaría incompleto, pues como sostiene Peña Colmenares, si bien estas *per se* tienen como finalidad delegar una cuota parcial de la potestad legislativa del Parlamento al Gobierno, y “constituyen el elemento sine qua non de la delegación legislativa, y por ende, el presupuesto del otro elemento estructural de dicha delegación: el decreto legislativo, debido a que ambos resultan in-

* Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela. Especialista en Derecho Administrativo de la Università degli Studi di Roma. Especialista en Derecho Sanitario de la Università di Bologna. Doctor en Derecho de la UCV. Autor de varios textos de Derecho Público. Correo electrónico: callao45@gmail.com.

dispensables para el diseño constitucional de la delegación legislativa...”¹. Compartimos la tesis de la autora, porque si una Constitución solamente incorporara a su texto a las leyes habilitantes sin establecer la correspondiente referencia con el decreto con fuerza de ley, no se llegaría a configurar la institución de la delegación legislativa, en virtud de que pese ser la ley habilitante el elemento fundamental de esa institución, devendría en un tipo de ley totalmente ineficaz, pues según Lavagna sería “un acto meramente interno del aparato constitucional sobre la base del cual no puede ser invocada ninguna pretensión en sede jurisdiccional”² ya que sería válido, pero no eficaz, y lo que es más importante de destacar, tornaría inexistente la figura constitucional de la delegación legislativa. En otros términos, se requiere que el decreto legislativo se anude a la ley habilitante para que esta cobre virtualidad jurídica.

2. *Las necesarias precisiones conceptuales*

En virtud de que la Constitución de 1961 introdujo la figura de las *leyes autorizatorias*, que son sustancialmente distintas de las leyes de delegación o leyes habilitantes, pero la mayoría de la doctrina solía confundirlas con estas, y de esa confusión se derivaron sintagmas que no se correspondían con sus respectivas connotaciones conceptuales, siendo los más utilizados, leyes habilitantes, decretos leyes y hasta leyes delegadas. Por tanto, una vez entrada en vigencia la Constitución de 1999, que sí introdujo la verdadera categoría de las leyes de delegación o habilitantes, se impone empezar esas precisiones por dilucidar las diferencias entre las leyes habilitantes y las leyes autorizatorias, a saber: a) la finalidad de las leyes autorizatorias era remover un obstáculo jurídico, para que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, pudiera ejercer la potestad normativa de rango legal que *ab origine* le confería el texto constitucional, dictando medidas extraordinarias –que a lo largo de los años recibieron diversas denominaciones–, imponiéndose finalmente la de *decreto ley*, b) esa potestad normativa presidencial estaba limitada materialmente, pues en ejercicio de la misma únicamente podía regular materias económicas o financieras, cuando así lo requiriese el interés público, razón por la cual se impuso la tesis interpretativa, según la cual la autorización mediante ley procedía en las hipótesis de que la República requiriese resolver problemas urgentes vinculados al interés público en las materias antes indicadas.

Queda claro que no eran leyes de delegación porque el Parlamento se limitaba a *autorizar –no a delegar–* el ejercicio de la potestad normativa, que de suyo ostentaba el Presidente de la República, cuando estimare que así lo imponía la tutela del interés público, mediante una ley ordinaria, ya que la Constitución contemplaba solo dos tipos de leyes nacionales: las ordinarias y las orgánicas, siendo las autorizatorias una modalidad de las primeras.

En cambio, las leyes habilitantes reguladas en el artículo 203, tercer aparte, de la Constitución, son un tipo de los cuatro previstos en la Constitución de 1999: ordinarias, orgánicas, *habilitantes* y de bases, las cuales son sancionadas por la Asamblea Nacional con las tres quintas partes de sus integrantes, para *transferir o delegar* temporalmen-

¹ Peña Colmenares, Nélica. “La Delegación Legislativa en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”. Tesis doctoral aprobada por el órgano competente de la Universidad Central con mención honorífica. Caracas, 2019, p. 31.

² Lavagna, Carlo. *Diritto Pubblico*. Utet. Torino, 1976, p. 195.

te una cuota de su potestad legislativa al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para que dicte *decretos con fuerza de ley* en las materias que figuren expresamente en su texto, pero que obviamente superan el ámbito material económico o financiero de las autorizatorias, en materias de gran complejidad técnica o jurídica.

Por tanto, las diferencias son muy claras: a) La potestad normativa –de rango legal– está reservada en forma exclusiva y excluyente a la Asamblea Nacional, órgano que ostenta una potestad de discrecional de delegarla parcial y temporalmente al Presidente de la República, mediante las leyes habilitantes; b) como se verá más adelante, la condición de procedencia de la sanción de las leyes habilitantes dista mucho de la existencia de necesidades urgentes y extraordinarias que corresponde satisfacer al Poder Ejecutivo Nacional, la cual siempre fue la razón invocada para justificar la sanción de las leyes autorizatorias durante la vigencia de la Constitución de 1961; c) no existe ninguna duda acerca de la denominación del producto normativo que resulta de la delegación legislativa, ya que se la confiere de manera expresa el artículo 236, numeral 8, de la Constitución: *decreto con fuerza de ley*, a diferencia de lo que ocurría con el producto de las leyes autorizatorias, al cual se le dio distintos nombres (medidas, decretos, decretos leyes, y decretos con rango y fuerza de ley), siendo el más utilizado doctrinaria y hasta jurisprudencialmente, el de *decreto ley*, que dista bastante constitucionalmente del instrumento normativo que recibe esa denominación en los ordenamientos donde existe la denominada legislación de urgencia³. Pero quizás lo más grave es que es que la mayoría de los autores venezolanos, entre otros, Juan Paradisi⁴, Antonio Silva⁵ y Luis Herrera O.⁶, continúan denominando al producto normativo de la delegación legislativa contenida en la Constitución vigente, *decreto ley*, cuando el propio texto constitucional lo denomina *decreto con fuerza de ley*; d) si bien las leyes habilitantes tienen límites materiales implícitos, resulta evidente que son muchos menos que los de las leyes autorizatorias, pues como es bien sabido los “decretos leyes” solo podían regular materias económicas o financieras; y e) las leyes habilitantes están sujetas a un plazo de vigencia por disposición constitucional, a diferencia de las leyes autorizatorias que no tenían fijado ningún plazo, pero a decir verdad en todas las siete que fueron dictadas durante la vigencia de la Constitución de 1961, se impuso la práctica de fijarles un plazo de vigencia. En fin, son clarísimas las diferencias existentes entre las leyes habilitantes de la Constitución de 1999 y las leyes autorizatorias de la Constitución de 1961.

³ Cabe advertir que en el Derecho comparado existen las denominadas técnicas de legislación delegada y técnica de legislación de urgencia, ambas expresión de la colaboración entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo en la función normativa con rango de ley, siendo el producto normativo de la primera, el *decreto legislativo*, que emana del Ejecutivo después de la publicación de la ley de delegación, y de la segunda, el *decreto ley*, que emana del Ejecutivo y entra inmediatamente en vigencia, pero debe ser presentado al Parlamento en un término prudencial, para su convalidación o conversión en ley.

⁴ Paradisi, Juan. “Decretos leyes dictados en 2008 conforme a la Ley habilitante de 2007, y su relación con la reforma constitucional aprobada el 2 de diciembre de 2007”. En *Revista de Derecho Público* N° 125. Enero-marzo 2011. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, p. 98.

⁵ Silva, Antonio y Sira, Gabriel. “Decretos-leyes dictados por el Presidente de la República con base en la Ley Habilitante, en el año 2015”. En *Revista de Derecho Público* N° 143-144. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, p. 23.

⁶ Herrera Orellana, Luis Alfonso. “¿Es necesaria la figura de la Ley Habilitante en el ordenamiento jurídico venezolano?”. En *Revista de Derecho Público* N° 140 (octubre-diciembre). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, pp. 41-50.

3. *Hacia la determinación de los requisitos que condicionan la validez de las leyes habilitantes y su configuración en el texto constitucional*

A. *El problema que suscita la determinación de los requisitos esenciales de validez de las leyes habilitantes*

Es necesario destacar que la mayoría de los ordenamientos que son receptores de la figura de la delegación legislativa, tienden a ser suficientes y claros acerca de los requisitos que condicionan la validez de las leyes de delegación o habilitantes, aunque sean reguladas en pocos preceptos, como en los casos de la Constitución italiana (art 76 y 77), y la Constitución española (art. 82, 83,84 7 85), entre otras, y ello responde a la necesidad de normar suficiente y claramente una institución como las leyes de delegación o habilitantes, que comportan una excepción al principio reivindicado por los revolucionarios franceses de 1789, acerca del monopolio legislativo por parte del Parlamento. Excepción que fue el resultado de serias y largas discusiones doctrinarias en torno a la necesidad de la ruptura de dicho monopolio, la cual se hizo necesaria con el advenimiento del Estado social de derecho en los inicios del siglo XX, cuando hubo que admitir que cedieran, en casos muy particulares, básicamente los principios de separación de poderes y de reserva legal, así como también los principios democráticos y de pluralismo político que presiden la actividad parlamentaria.

Pero en nuestro caso falta una regulación que revista esas características, pues la Constitución ni siquiera le dedica un artículo, en virtud de que apenas está contenida en un aparte (el tercero) del artículo 203, en los siguientes términos:

“Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las *materias que se delegan* al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio”.

Como se observa en apenas cuatro líneas fue regulada una institución tan compleja y objeto de tantas discusiones en el Derecho Público, pero lo más grave no es que esa regulación sea “telegráfica”, sino que la redacción del precepto resulta ambigua e insuficiente, pues la simple lectura de la disposición constitucional evidencia las siguientes carencias:

a) para empezar no define a las leyes habilitantes como actos legislativos mediante los cuales la Asamblea Nacional delega temporalmente al Presidente de la República, una cuota de su potestad legislativa. Al parecer los constituyentes pensaron que subsanaban la falta, estableciendo que mediante esas leyes se delegaban materias al Presidente de la Republica así: “se delegan materias con valor y rango de ley”, como si el objeto de la delegación fueran materias y, no la potestad legislativa, y como si las materias pudieran llegar a tener “valor y rango de ley”, siendo que estos atributos solo se pueden predicar de una categoría de normas jurídicas con fuerza de ley, distintas de las leyes formales. Tal carencia es producto de una inadvertencia del constituyente, y resulta subsanable subsumiendo la expresión normativa en el marco doctrinario concerniente a la delegación legislativa, e interpretando el artículo 203, tercer aparte, en concordancia con el 236, numeral 8, constitucionales, y así predicar que la Constitución expresa que mediante las leyes habilitantes se delega la potestad legislativa en determinadas materias, al Presidente de la República, para que este en ejercicio de esa delegación regule dichas materias.

b) Se omite la denominación del instrumento normativo con fuerza de ley en que se debe concretar la potestad legislativa delegada, y ello se debe a un error de los constituyentes, tal vez producto de la “inercia constituyente” al repetir la estructura normativa propia de las leyes autorizatorias de la Constitución de 1961, e identificar el instrumento que resulta de la ejecución de la delegación (decreto con fuerza de ley), en la norma constitucional atributiva de las competencias del Presidente de la República (art. 236), cuando la delegación legislativa es una institución que suele regularse integralmente, en todas las Constituciones de los países europeos que la contienen y en los de nuestro entorno, en el título o capítulo correspondiente al Poder Legislativo. Pese a esta observación académica queda claro conforme a lo dispuesto en el citado artículo 236, numeral 8, que la denominación única del producto normativo que resulta de la delegación legislativa es la de *decreto con fuerza de ley*.

c) Falta una referencia a la existencia de límites materiales de la delegación. Esta ausencia es solamente de carácter expreso, pero cuando se analiza en el contexto de la Constitución, resulta indudable que existen límites materiales implícitos. De manera que esta carencia es subsanada mediante la interpretación sistemática y contextual del precepto, como se verá más adelante;

d) falta una disposición acerca del carácter consuntivo o no de la delegación. Esta carencia expresa de una norma en tal sentido, cuya subsanación, a diferencia de las anteriores, no luce sencilla, porque aún en el Derecho comparado la cuestión da lugar a tesis encontradas; por lo tanto, en Venezuela su dilucidación corresponderá a la Sala Constitucional; no obstante, observamos que en la praxis constitucional de los años 2000 a 2015, se ha impuesto jurisprudencialmente de manera tácita, la tesis del carácter no consuntivo de la delegación, pues durante la vigencia de todas esas leyes habilitantes, el Ejecutivo Nacional ha modificado y hasta derogado totalmente decretos con fuerza de ley, dentro del plazo de vigencia de la respectiva ley habilitante.

e) falta una disposición expresa acerca de la potestad de la asamblea nacional para derogar total (“revocar”) o parcialmente (modificar) la ley habilitante. Esta es una carencia aparente porque, como diremos más adelante, al ser las leyes habilitantes uno de los cuatro tipos de las leyes formales nacionales, puede ser derogada totalmente o reformada parcialmente por otra ley formal habilitante que sancione la Asamblea Nacional, lógicamente antes de que venza el período de vigencia de la ley que se pretende derogar o reformar.

Sobre esta insuficiencia combinada con la ambigüedad presente en el precepto, bajo examen, ha sostenido Peña Colmenares que “siempre jugará a favor del empoderamiento extraordinario del Poder Ejecutivo en materia normativa con fuerza de ley, y consecuencialmente del debilitamiento del Parlamento, máxime en un país donde el Poder Judicial *in totum* se adhiere a las instrucciones del primero, suprimiendo de facto el control constitucional, que es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela desde que se fue sancionada la primera ley habilitante en noviembre de 2000...”⁷.

⁷ Peña Colmenares, Nélida. *Op. cit.* p. 89.

Por nuestra parte, hemos demostrado que las falencias del artículo 203, tercer aparte, constitucional, no constituyen obstáculos insalvables, para elaborar una tesis interpretativa que demuestre la voluntad de los constituyentes de 1999, de introducir *ex novo* en la Constitución la figura de la delegación legislativa, a partir las leyes habilitantes.

B. *Los requisitos subjetivos de las leyes habilitantes*

Entre estos requisitos destacan los siguientes:

a) La titularidad del órgano delegante. A la luz del artículo 203, tercer aparte, constitucional, corresponde a la Asamblea Nacional la titularidad para delegar una cuota de su potestad legislativa, actuando como cuerpo legislador, al Presidente de la República. Por tanto, se configura una interdicción para que cualquier otro órgano del Poder Público pueda delegar la potestad legislativa. Así, por ejemplo, es obvio, que dicha interdicción se extiende al Presidente de la República, quien no puede subdelegar la potestad que le es transferida, y también a los Consejos Legislativos y a los Consejos Municipales, y en general a cualquier otro órgano del Poder Público.

b) La titularidad de la iniciativa para presentar proyectos de leyes habilitantes. Dada la particularidad de las leyes habilitantes, cuya finalidad en el marco de la colaboración de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, es determinar con propiedad las materias revestidas de la complejidad técnica y jurídica, que requieran ser objeto de delegación, a los fines de dinamizar el proceso legislativo, el cual se optimizaría con los respectivos decretos fuerza de ley dictados por el Ejecutivo, debido a los cuadros técnicos de que dispone, los cuales están preparados profesionalmente, para elaborar en términos perentorios, trabajando en equipo, los proyectos de decretos con fuerza de ley que servirán de base al Presidente de la República para ejercer la potestad que le es delegada. Cuadros profesionales de los cuales carece la Asamblea Nacional. Ahora bien, es cierto que las razones que justifican la aludida dinamización legislativa, es conocida con propiedad por el Poder Ejecutivo (Administración). Por tanto, la interpretación del artículo 203, tercer aparte, constitucional, conduce a postular que la iniciativa para presentar este tipo de proyectos de leyes es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo.

Sin duda que la tesis luce lógica, pero encuentra un obstáculo insalvable constituido por el carácter temporal de la delegación legislativa, máxime si se pondera que la Asamblea Nacional no transfiere la titularidad de una cuota de su potestad legislativa, al Presidente de la República, porque de ser así estaría renunciando a esa parte de potestad, y es bien sabido que las potestades públicas son irrenunciables; por consiguiente, se limita a transferir su ejercicio, razón por la cual nada le impide al Parlamento “revocar” la delegación, mediante la presentación y aprobación de un nuevo proyecto de ley, poniendo fin de esa manera a la vigencia de la ley habilitante antes de que se venza el plazo fijado en la misma.

Conforme a este razonamiento ambas tesis podrían conciliarse, admitiendo que al Poder Ejecutivo le correspondería de manera exclusiva, la iniciativa para presentar nuevos proyectos de leyes habilitantes, y a la Asamblea Nacional, la de presentar proyectos de derogación o modificación de leyes habilitantes, tesis que resultaría de la armonización de los artículos 203, tercer aparte, y 204, numerales 1 y 2, de la Constitución.

C. *Los requisitos objetivos de las leyes habilitantes*

Entre los requisitos objetivos que se exigen en otros ordenamientos, figura en primer término:

a) Que la delegación sea expresa, en ningún caso implícita, como dispone, por ejemplo, la Constitución española (artículo 83.3), pero debido a la redacción del artículo 203, tercer aparte, este requisito no es recogido en dicho artículo en forma clara y expresa, por causa de la imperfección sintáctica de dicha redacción, pero sin duda cuando se contextualiza el precepto en el marco conceptual de la delegación legislativa, se evidencia la voluntad del constituyente de establecer el mencionado requisito. Efectivamente, para ello basta leer el sintagma que forma parte del mismo “...*en las materias que se delegan...*” para concluir, haciendo abstracción del mencionado defecto sintáctico, que la Constitución sí contiene la exigencia de que la delegación legislativa de la Asamblea Nacional revista carácter expreso y; consecuentemente, crea una interdicción para que el legislador pueda conferirla en forma *implícita*, pues atendiendo a la referida exigencia queda obligado –reiteramos– a establecer en la ley habilitante en forma clara y precisa las materias (ámbito material) sobre las cuales el Poder Ejecutivo ejercerá la potestad legislativa transferida.

b) La determinación de las bases del ámbito material objeto de la delegación. Este requisito está estrechamente vinculado con el anterior, pero en realidad el precepto constitucional no establece con claridad la obligación del legislador habilitante de fijar los parámetros y condiciones, a los cuales debe quedar sujeto el Presidente de la República en el proceso de regular cada una de las materias objeto de la delegación, porque en esa redacción ambigua y confusa del precepto recurre al sintagma: “a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente de la República...”, el cual resulta inentendible, si se atiende únicamente a su tenor literal; por tanto, para superar esa seria dificultad, el intérprete debe recurrir a la ayuda del Derecho comparado, concretamente a las Constituciones española e italiana que al regular sus leyes de delegación usan términos parecidos, pero obviamente insertados en preceptos correctamente redactados que favorece su interpretación.

Así, el artículo 82.4 de la Constitución española preceptúa “las leyes de bases [que se corresponden con nuestras habilitantes] delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y *los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio*”, y el artículo 76 de la italiana, dispone “El ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado al Gobierno *si no con determinación de principios y criterios directivos...*”. Y todavía así no resulta sencillo desentrañar el significado y alcance de la referida expresión, debido a que el constituyente de 1999 mezcló de tal manera esos preceptos de ambas Constituciones europeas, que se impone el análisis de la doctrina y la jurisprudencia constitucional de esos países, y acceder al marco teórico de la delegación legislativa, el cual orienta en la búsqueda del significado y alcance del sintagma normativo bajo examen.

Y en ese orden de ideas, conviene recordar que este requisito aparece estrechamente vinculado con el anterior (delegación expresa), en virtud de que este encuentra concreción en la delimitación precisa y específica de las materias objeto de la delegación, y el objeto de nuestro análisis, derivado del aludido sintagma, conduce a sostener que el mismo está destinado a imponer al legislador habilitante la obligación de estable-

cer en el texto de la ley, los límites de la normación delegada, mediante la fijación de las directrices y propósitos, que está obligado a atender el Poder Ejecutivo al redactar cada uno de los decretos con fuerza de ley, so pena de su nulidad parcial o total.

En otros términos, el legislador está constreñido constitucionalmente a fijar los límites para cada una de las materias que serán reguladas por el Presidente de la República, y a tal fin debe precisar las directrices que deberá seguir, los propósitos que debe perseguir al dictar cada decreto con fuerza de ley, y el marco de cada materia, dentro del cual deberá desarrollar su potestad legislativa delegada. En términos de la doctrina española, tales requisitos constituyen las bases a las cuales debe ceñirse el Poder Ejecutivo al dictar cada decreto legislativo, y ese acotamiento normativo que impone la Constitución, responde al carácter excepcional de la delegación legislativa que está obligado a garantizar por imperativo constitucional el legislador habilitante.

c) La fijación de un plazo indeterminado para el ejercicio de la delegación. El artículo 203, tercer aparte, de la Constitución establece: “Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio”, que es igual a decir el plazo de su vigencia, y al respecto observamos que si bien le da carácter temporal a este tipo de leyes, lo hace estableciendo un plazo indeterminado, que como se verá más adelante podría dar lugar a problemas interpretativos. Por supuesto, que en un Estado de Derecho, donde el Poder Judicial ejerciera cabalmente el control sobre este tipo de leyes, orientado por el carácter excepcional de las leyes habilitantes e invocando la finalidad teleológica de las mismas, podría anular una ley habilitante que fijara un lapso de vigencia igual al de duración de la legislatura, o que inclusive excediera el lapso de mandato de los diputados.

d) Los límites materiales de las leyes habilitantes. Observamos que nuestra Constitución, a diferencia de otras: europeas y de nuestro entorno, no estableció expresamente ningún tipo de límite material a las leyes habilitantes, razón por la cual algunos autores⁸, así como la Sala Constitucional han sostenido la tesis, según la cual los legisladores pueden habilitar al Poder Ejecutivo para dictar decretos con fuerza de ley, en cualquiera de las materias del dominio o competencia de la Asamblea Nacional. En efecto, la Sala Constitucional al pronunciarse sobre el carácter orgánico del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación del año 2001 declaró:

“Partiendo de las aseveraciones anteriormente expresadas, esta Sala precisa señalar que la nueva Carta Magna –al contrario de lo previsto en la Constitución de 1961– estableció formalmente en su artículo 236, numeral 8, la posibilidad de que la Asamblea Nacional delegue su potestad normativa al Presidente de la República, sin ningún tipo de límites de contenido”⁹.

⁸ Entre esos autores destacan entre otros Brewer-Carías, Allan R. “El régimen constitucional de los decretos leyes y de los actos de gobierno”. Ponencia para el VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, San Cristóbal, noviembre 2001, pp. 5-7. Disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/892.-839.-EL-REGIMENCONSTITUCIONAL-DE-LOS-DECRETOS-LEYES-Y-DE-LOS-ACTOS-DE-GOBIERNO-San-Crist%C3%B3bal.pdf> (consulta: mayo 2020) y HERNÁNDEZ, JOSÉ IGNACIO. “La ley habilitante 2013: un atentado a los principios republicanos”. *Revista de Derecho Público* N° 136. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2013, p. 142.

⁹ Sentencia de la Sala Constitucional N° 1719 de 19 de noviembre de 2001. Esa doctrina jurisprudencial ha sido reiterada en sentencias posteriores.

Por supuesto que postular la carencia de límites materiales de las leyes habilitantes es totalmente erróneo, como se verá más adelante, pero es la tesis que se ha impuesto doctrinaria y jurisprudencialmente.

e) La mayoría calificada exigida para la sanción de las leyes habilitantes. El artículo 203, tercer aparte, constitucional, exige con rotundidad que la sanción de las leyes habilitantes ,requiere que cuenten con el voto favorable de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, una mayoría calificada, sin duda muy alta (101 diputados en un Parlamento conformado por 167 integrantes, como el actual), requisito inexistente en todos los países que incorporan a su texto constitucional la categoría de las leyes de delegación, las cuales son sancionadas con la mayoría con que se aprueba el resto de las leyes formales, salvo el caso de Colombia, cuya Constitución exige la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las dos Cámaras que conforman el Congreso.

Desconocemos la motivación que sirvió de base a los constituyentes de 1999 para establecer un requisito tan gravoso, porque no existe ni un atisbo de la misma en el Diario de Debates de la ANC, en virtud de que el precepto resultó aprobado sin que se produjera una sola intervención en el seno del órgano constituyente al momento de presentar a la plenaria el proyecto de precepto. La exigencia de este requisito resulta más inexplicable, si se toma en cuenta que la Constitución diseña una democracia “participativa y protagónica”, fórmula a la cual repugnan los *vetos* que configuran indirectamente las mayorías calificadas, al otorgarle ese poder anómalo a la minoría. En todo caso no cabe duda que pese a todo lo antes expuesto, esta exigencia deviene en una condición esencial de validez de las leyes habilitantes.

f) La participación de la comunidad en el procedimiento de formación de las leyes habilitantes. Cabe advertir que los cuatro tipos de leyes nacionales constituyen especies del género de las leyes formales, de tal manera que las leyes habilitantes son leyes formales, y están sujetas al mismo procedimiento de formación de estas, con la singularidad de que se exige para su sanción contar con la mayoría calificada antes enunciada, razón por la cual sus proyectos están sujetos al requisito previsto en el artículo 211 de la Constitución, en la fase de discusión, es decir, deben ser consultados con los ciudadanos y la sociedad civil para oír su opinión. Por lo demás, no existe ningún tipo de excusa para el incumplimiento de dicho requisito, ya que las leyes habilitantes no son instrumentos normativos destinados a atender una urgente o extraordinaria necesidad, por no ser expresión de la técnica de legislación de urgencia; de allí que la omisión de este requisito configura, en nuestro criterio, un vicio de nulidad absoluta.

D. *Los requisitos complementarios o ulteriores*

En realidad estos requisitos de la ley están referidos a los proyectos de decretos con fuerza de ley redactados, pero aún no publicados por el Poder Ejecutivo. Pueden estar previstos en los textos constitucionales, o en caso de que no lo estén, pueden establecerse en cada una de las leyes habilitantes. Sobre el fundamento de esta facultad del legislador habilitante para hacerlo, ha sostenido Santamaría Pastor¹⁰, que si el Parlamento

¹⁰ Santamaría Pastor, Juan. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S, A. Madrid, 1991, p. 671.

está delegando su competencia esencial, perfectamente puede modular los términos de esa delegación”, y nosotros siguiendo ese orden de razonamiento sostenemos que también podrá establecer requisitos complementarios, a los esenciales de validez de las leyes habilitantes, siempre y cuando tales requisitos no colidan con la Constitución.

En ese orden argumental, cabe mencionar entre los requisitos complementarios más frecuentes en las leyes de delegación se suelen citar: a) el sometimiento del proyecto de decreto legislativo por el Poder Ejecutivo, con un plazo prudencial de anterioridad a su publicación en la respectiva Gaceta o Diario Oficial, al Parlamento o a una Comisión del mismo, para que le formulen las observaciones pertinentes, que deben ser notificadas al aludido Poder, el cual puede acogerlas o no y; b) que los decretos con fuerza ley contengan una exposición de motivos.

En nuestro país la única ley que estableció requisitos complementarios fue la habilitante del 2000, que incluyó en su texto la obligación del Ejecutivo Nacional de informar, por lo menos con diez días antes de su publicación en la Gaceta Oficial, a una Comisión Especial de la Asamblea Nacional, el contenido de los decretos con fuerza de ley, y la obligación de incorporar al decreto con fuerza de ley la exposición de motivos. Conviene advertir que los requisitos complementarios se inscriben dentro de los mecanismos de control *a posteriori*, que ejerce la Asamblea Nacional sobre la ejecución de la delegación conferida al Ejecutivo Nacional.

II. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA FIGURA CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DE DELEGACIÓN O LEYES HABILITANTES

1. *Premisa introductoria*

El capítulo anterior lo hemos dedicado a trazar los lineamientos generales de la delegación legislativa incorporada *ex novo* a la Constitución, básicamente en el artículo 203, tercer aparte, a partir de la regulación de las leyes habilitantes, y el artículo 236, numeral 8, concerniente a los decretos con fuerza de ley, e igualmente hemos examinado sucintamente las falencias derivadas de la insuficiencia y ambigüedad que caracterizan la norma básica reguladora de las leyes habilitantes, que son variables que obstaculizan a primera vista, inferir de dicha norma los requisitos mínimos esenciales de validez de las leyes habilitantes, lo que se subsana recurriendo a los cánones hermenéuticos clásicos, con la ayuda del Derecho comparado (derecho positivo, doctrina y jurisprudencia), particularmente el modelo contenido en el ordenamiento constitucional español, que al parecer fue la fuente principal de la cual se nutrieron nuestros constituyentes de 1999, al diseñar y aprobar el tercer aparte del artículo 203 constitucional contentivo del modelo normativo de las leyes habilitantes.

Así hemos podido superar esos obstáculos y demostrar que la incorporación de la delegación legislativa a la Constitución se inscribe dentro de las tendencias modernas que prevalecen en esta materia, en los países europeos y en los latinoamericanos, por lo cual concluimos en que nuestro modelo normativo se ajusta a los estándares conceptuales fundamentales presentes en el Derecho comparado. Consideramos que el modelo normativo requiere de unas pocas enmiendas que permitan superar la ambigüedad y deficiencia que lo caracterizan, pero que –insistimos– para nada impiden predicar su modernidad y suficiencia cuando es objeto de la metodología interpretativa que hemos descrito *supra*.

Ahora bien, como toda institución jurídica cuya incorporación jurídica *ex novo* al respectivo texto constitucional, suele adolecer de defectos en el o los preceptos en que es regulada, máxime si tiene un carácter excepcional, porque implica la ruptura de caros principios constitucionales, que comportan un empoderamiento temporal del Poder Ejecutivo, corre el riesgo de que en un Estado que puede calificarse a lo sumo de precario de derecho, sea *desnaturalizada*, por los propios Poderes Públicos encargados de tutelarla, como son en este caso, en primer lugar, la Asamblea Nacional, en segundo lugar, sobre todo el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, y en tercer lugar, desde luego, el Poder Ejecutivo, que es el beneficiario directo de dicha desnaturalización, en detrimento del Estado democrático y de derecho.

Pues bien, eso es lo que ha ocurrido con una institución constitucional tan importante, como la delegación legislativa, articulada básicamente sobre la figura de las leyes habilitantes y complementariamente sobre la de los decretos con fuerza de ley, la cual ha sido sometida a tal grado de desnaturalización, como los demostraremos de seguidas, que algunos autores venezolanos, han llegado a denostar de las leyes habilitantes, y a proponer su eliminación del ordenamiento constitucional. A continuación a pasamos a poner en evidencia, de manera sucinta, las principales y más grotescas violaciones constitucionales, en que incurrieron tanto la Asamblea Nacional, como el propio Tribunal Supremo de Justicia, para llevar a la delegación legislativa al estado de desnaturalización en que quedó el año 2015, modelo que puede reproducirse, por las noticias políticas y judiciales recogidas en los medios, sobre la próxima celebración de las “elecciones” parlamentarias de este año, bajo la dirección de un Consejo Nacional Electoral, claramente favorable al gobierno.

2. *Las evidencias de desnaturalización de las leyes de delegación o habilitantes*

A. *La conversión de las leyes habilitantes, mediante la desnaturalización de su finalidad, en leyes de urgencia*

La simple lectura del artículo 203, tercer aparte, constitucional, permite colegir que la voluntad de la Constitución es incorporar a su texto la figura de las leyes habilitantes, cuya finalidad es transferir una cuota de la potestad legislativa del Parlamento, al Poder Ejecutivo con la finalidad de dinamizar la función legislativa, ante la complejidad técnica y jurídica de ciertas leyes, derivada del contenido de las materias que deben regular, cuya aprobación se demanda en el contexto de un Estado social, con la particularidad de que tal finalidad no tiene su origen en una urgencia o emergencia económica o social que deba enfrentar la Administración Pública, porque la delegación legislativa es propia de tiempos de normalidad institucional y administrativa. De tal manera que debe excluirse de plano la idea que pudo tener algún atisbo de fundamento, como ocurría bajo la Constitución de 1961, con relación a las leyes autorizatorias, debido a que ellas cabalgaban entre la técnica de la legislación de delegación y la de la legislación de urgencia.

Pues bien, la motivación invocada en casi todas las cinco leyes habilitantes estuvieron vinculadas a situaciones de urgencia o emergencia social o económicas o política, verbigracia, la ley habilitante de 2010, cuyo numeral 1, del artículo 1, expresa “En el ámbito de la atención sistematizada y continua a las necesidades humanas vitales y urgentes derivadas de las condiciones sociales de pobreza y de las *lluvias, derrumbes inundaciones y otros eventos producidos por la problemática ambiental...*”. Sin em-

bargo, el ejemplo más absurdo de la desnaturalización de la finalidad de la ley habilitante es el reflejado en la de 2015, cuyo título resulta emblemático en tal sentido, y su tenor literal es “Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con rango, valor y fuerza de ley en las materias que se delegan *para la garantía reforzada de los derechos de soberanía y protección del pueblo venezolano y el orden constitucional de la República. Ley habilitante antiimperialista para la paz*” (sic).

Bastan los ejemplos anteriores para demostrar la grotesca desnaturalización de las leyes habilitantes, a partir de la manipulación arbitraria de la finalidad que la Constitución les asigna, en primer lugar, convirtiéndolas en leyes de urgencia, técnica constitucional inexistente en nuestro ordenamiento, y cuya motivación (lluvias, derrumbes inundaciones y otros eventos producidos por la problemática ambiental), origina una crisis que debe ser encarada de acuerdo con la Constitución mediante el estado excepcional de alarma, y para enfrentar el supuesto peligro a la soberanía, originado en la declaración del gobierno de USA, relativa a considerar a Venezuela como una “amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional y política exterior de los Estados Unidos” la institución constitucional adecuada –en el supuesto de que se pusiera en peligro la soberanía nacional– sería el estado de conmoción exterior.

Pero cuando se desvirtúa arbitrariamente la finalidad de las leyes habilitantes, el Poder Ejecutivo queda facultado para dictar el número de decretos con fuerza de ley que considere conveniente en todo tipo de materias, inclusive en las concernientes al desarrollo de los derechos humanos, todos los cuales tienen una vocación de vigencia indefinida (hasta que sean derogados por otro decreto con fuerza de ley, o por una ley); en cambio, mediante los estados de excepción el Ejecutivo solo puede dictar medidas que suspenden temporalmente la vigencia de las leyes que correspondan, pues al cesar los decretos de los estados excepción estas decaen y recobran su vigencia las leyes que las tenían suspendidas. En suma, basta con desvirtuar la finalidad de la ley habilitante, para desnaturalizarla, por decir lo menos, porque en realidad recurriendo a esa arbitrariedad no sujeta en la práctica a ningún control, anulan de facto a la delegación legislativa, como quedará demostrado más explícitamente con la violación del resto de los requisitos esenciales de validez de la misma.

B. *La eliminación del carácter excepcional de las leyes habilitantes*

Ha quedado demostrado que las leyes habilitantes, y por ende, la delegación legislativa, tienen un carácter excepcional por implicar una ruptura de los principios constitucionales de separación de poderes y de reserva legal, e indirectamente de los principios democrático y de pluralismo político que presiden la actividad parlamentaria. Esa especie de axioma constitucional ha sido vulnerado ostensiblemente, en virtud que durante las tres legislaturas de 2000 a 2015, la Asamblea Nacional sancionó cinco (5) leyes habilitantes y en ejercicio de las mismas el Presidente de la República dictó doscientos cuarenta y siete (247) decretos con fuerza de ley.

Las primeras, con una vigencia acumulada de cinco (5) años, nueve (9) meses y dieciséis (16) días, o sea, que durante tres legislaturas el Presidente de la República en Consejo de Ministros, “legisló ordinariamente” el treinta y ocho, sesenta y uno por ciento (38,61%), de la duración de las mismas; tiempo durante el cual la Asamblea Na-

cional quedó en la práctica casi vacía de su competencia natural legislativa”¹¹. No queda duda, pues que la Asamblea Nacional abdicó durante todo ese tiempo de su potestad legislativa, lo que dio lugar a que la delegación legislativa perdiera su nota esencial en cualquier Estado de derecho: su excepcionalidad, ante la mirada impasible del Tribunal Supremo de Justicia. En suma, la aludida variable cuantitativa denota como fue desvirtuado el principio de excepcionalidad de las leyes habilitantes, derivado de la finalidad que les asigna la Constitución y de leyes excepcionales pasaron a ser “leyes ordinarias presidenciales”, pero también denota una inconstitucionalidad manifiesta estructural, porque en nuestro criterio, el Parlamento en la práctica, de esa manera, hace una dejación de su función esencial y existencial, y en esa línea argumental sostiene De Otto que con esa anómala delegación de la potestad legislativa “se procede a una concentración de poderes en manos del Ejecutivo que hace ilusorios los mecanismos propios del Estado democrático y de derecho”¹².

C. La eliminación de los límites materiales de las leyes habilitantes

Por su carácter excepcional, en todos los ordenamientos constitucionales que incorporan a las leyes de delegación o habilitantes, estas tienen, pese a que el primer estándar conceptual en esta materia es que la potestad de delegación legislativa del Parlamento se corresponde con todas las materias de su competencia, unos límites establecidos constitucionalmente de manera positiva o negativa, y como expresamos precedentemente. En la primera hipótesis, se enumeran las materias que únicamente pueden ser objeto de delegación, y en la segunda, la enumeración es de las materias que no son susceptibles de ser objeto de delegación.

Es cierto que en la Constitución de 1999 no existe una norma expresa en ese sentido, pero resulta indudable que tales límites están implícitos, y se derivan básicamente de la concepción material que informa a cada uno los cuatro tipos de leyes nacionales, y de las relaciones que se configuran entre la separación y colaboración de Poderes necesaria impuestas por la Constitución, de cuya aplicación, resultan actos en los cuales, como enseña Crisafulli, “la dualidad Parlamento-gobierno resulta esencial”¹³, verbigracia en nuestro texto constitucional: la Ley aprobatoria de un tratado internacional, la Ley aprobatoria del Presupuesto y la Ley aprobatoria del marco plurianual para la formulación presupuestaria, entre otras.

En lo concerniente a los tipos normativos, es evidente que por razones sustantivas y formales la Asamblea Nacional no puede delegar su potestad legislativa para regular materias que constituyan el objeto de leyes orgánicas, porque dicha regulación únicamente puede provenir de ese tipo de leyes, las cuales son de *reserva legal de Parlamento*, en virtud de que la Constitución reserva, debido a la importancia de las materias que disciplinan y a la particularidad de su procedimiento de formación, su aprobación en forma exclusiva y excluyente a la institución parlamentaria. Tampoco puede delegar su potestad para normar las materias que son objeto de las leyes habilitantes, en razón de que al igual que las leyes orgánicas son de *reserva legal de Parlamento*; además por

¹¹ Cfr. Peña Colmenares, Nélida. *Op. cit.* p 226.

¹² De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional*. Ariel. Barcelona, 1991, p. 185

¹³ Crisafulli, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionali*. Cedam, Padova, 1976, p. 81.

imperativo constitucional no resulta posible esa delegación, porque los actos que resulten de dicha delegación legislativa, como sostiene Crisafulli, “...su validez está condicionada a la necesaria dualidad del Parlamento-gobierno”; y además constituiría un acto “contra natura” desde el punto de vista constitucional, que la Asamblea Nacional transfiriera al Poder Ejecutivo la potestad de autodelegarse, mediante un decreto con fuerza de ley, la potestad para delegarse la potestad normativa con fuerza de ley (auto-delegación), pues hasta ese extremo absurdo podría llegarse atendiendo a la tesis sobre la carencia absoluta de límites materiales de las leyes habilitantes, sostenida por la Sala Constitucional.

Sin embargo, muy tempranamente, ignorando esas razones elementales presentes en la Constitución de 1999, la Sala constitucional, en la antes citada sentencia de 2001, al pronunciarse sobre la validez de los decretos con fuerza de Ley Orgánica, declaró rotundamente la inexistencia de límites materiales de las leyes habilitantes, y para llegar a tan absoluta conclusión, se limitó exclusivamente a comparar el objeto material de las leyes autorizatorias previstas en la Constitución derogada, con el objeto de las leyes habilitantes en la Constitución vigente, y visto que la primera establecía que su ámbito material estaba conformado únicamente por materias económicas o financieras; con el objeto (ámbito material) de las segundas reguladas en el artículo 203, tercer aparte, de la Constitución vigente, destacando que no establecía ningún tipo límite material, y como resultado de la comparación declaró consecuentemente que las leyes habilitantes carecían de límites, añadiendo en términos de autoridad, que dicha comparación se extendía al artículo 236, numeral 8, *ejusdem*, formulando su tesis conclusiva así: “Esta Sala precisa que la nueva Carta Magna –al contrario de lo previsto en la Constitución de 1961– estableció formalmente en su artículo 236, numeral 8, la posibilidad de que la Asamblea Nacional delegue su potestad normativa *sin ningún tipo de límites de contenido*”¹⁴.

Solo nos limitamos ante tal sentencia a hacer un comentario elemental: al parecer la Sala Constitucional no se percató que en la figura de la delegación legislativa, el único órgano que puede delegar la potestad legislativa atendiendo a los términos de la Constitución, es su titular, o sea, la Asamblea Nacional, mediante la ley habilitante, y el Poder Ejecutivo se limita a ejecutar esa delegación en los términos expresamente acotados por la ley, y desde luego dentro de ese acotamiento están las materias que conforman el ámbito material, de tal manera que resulta una obviedad que el Poder delegado está impedido de escoger las materias que constituirán el objeto del decreto con fuerza de ley; y en consecuencia, la norma que lo contempla no puede ser objeto de comparación consigo misma, a los efectos determinar si el decreto con fuerza de ley tiene límites o no.

Para que se tenga una idea del grado de desnaturalización de las leyes habilitantes que causó esta sentencia, basta solamente señalar que de los doscientos cuarenta y siete (247) decretos con fuerza ley que dictó el gobierno en ejecución de las cinco referidas leyes habilitantes, *cinquenta y ocho (58) de ellos* fueron decretos con fuerza de ley orgánica, la mayoría “regulatorios” de *derechos humanos*.

¹⁴ Sentencia de la Sala Constitucional N° 1719 de fecha 19 de noviembre de 2001.

D. *La tesis sobre la inexistencia del ámbito material y de su acotamiento mediante las directrices y los propósitos que debe atender el Poder Ejecutivo al dictar los decretos con fuerza de ley*

Ya hemos dicho que estos dos requisitos están estrechamente vinculados, en virtud de que el ámbito material está referido a las materias que de manera clara y explícita debe enunciar en su texto la ley habilitante, y las directrices y propósitos son las bases, en términos del Derecho español, que deben condicionar el ejercicio de la delegación por parte del Ejecutivo. En otras palabras, son condiciones y límites de cada uno de los decretos con fuerza de ley, a los cuales queda sujeto el Presidente de la República, al momento de dictarlos, cuya violación origina un vicio de nulidad denominado por la doctrina española “ultra vires”¹⁵. Ahora bien, en ninguna de las cinco leyes habilitantes que estuvieron vigentes entre los años 2000 y 20015 se dio cumplimiento a estos requisitos esenciales de validez.

En efecto, para omitir la enumeración de las materias, una por una, que serían objeto de la potestad legislativa delegada, la Asamblea Nacional recurrió al ardid, por decir lo menos, de enunciar un complejo indefinido de materias, bajo la denominación de *ámbito*. Así por ejemplo, la Ley de 2000 contemplaba seis ámbitos: el ámbito financiero, el ámbito económico y social, el de estructura, transporte y servicios, el de la seguridad ciudadana y jurídica, el de la ciencia y la tecnología, el de la organización y funcionamiento del Estado.

No se requiere ser un intérprete muy perspicaz para percatarse que en esos ámbitos estaba comprendida casi toda la competencia material que le atribuye la Constitución a la Asamblea Nacional en el artículo 187. Al recurrir de ese “método” para “cumplir” con el requisito exigido constitucionalmente, no hacía más que dejar en manos del Presidente de la República la potestad de seleccionar cada una de las materias que deseaba regular mediante decretos con fuerza de ley, así como el número de estos, y ello ocurría porque el ámbito previsto en la ley habilitante se corresponde con lo que Santamaría PASTOR, denomina “conceptos materiales o títulos competenciales laxos de contenido no claramente unívoco o de *alcance transversal indefinido*, ejemplo la calidad de vida, la protección del medio ambiente”¹⁶. La consecuencia que le atribuye el autor a esa forma de “enunciar” las materias objeto de la delegación legislativa, es su calificación como un grave vicio de nulidad de la ley de delegación. No cabe duda, en nuestro criterio, que cuando la Asamblea Nacional pretende sustituir el requisito bajo examen, recurriendo a la figura fraudulenta del “ámbito”, vicia de nulidad absoluta a la ley habilitante.

Naturalmente que en las otras cuatro leyes se siguió la misma metodología, y por ende, fue suprimida de facto la exigencia del requisito bajo examen, el cual resulta esencial para la validez de la ley habilitante. Para que se tenga una idea del uso arbitrario de este supra poder legislativo otorgado al Poder Ejecutivo, conviene destacar que este en ejercicio de la ley del 2000, dictó cincuenta y tres decretos leyes en el plazo de

¹⁵ Cfr. por todos para aproximarse al marco doctrinario de este vicio de los decretos legislativos: Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. *Los controles de la legislación delegada*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 1995, p 216.

¹⁶ Santamaría Pastor, Juan. *Op. cit.*, p 661.

un año de vigencia. Pero quizás el ejemplo más arbitrario sea el acto del fallecido Presidente Chávez, quien ante una situación comprometida política y jurídicamente que confrontaba el gobierno, la superó “echando mano” a uno cualquiera de los *ámbitos* de las leyes habilitantes de 2007, y dictó un decreto con fuerza de ley de Amnistía el 31 de diciembre de ese mismo año.

Por supuesto, que además de ser una materia de reserva legal de Parlamento, no podía, en estricta puridad, derivarse de ninguno de los ámbitos del texto legislativo. Este súper poder derivado de la supresión del requisito bajo examen en la ley habilitante, permite calificarla como “ley habilitante en blanco”, término que repugna a todo Estado democrático y de derecho, y es propio de regímenes que se distancian muchísimo de este.

Este poder normativo con fuerza de ley arbitrario, otorgado por la Asamblea Nacional al Presidente de la República durante el período indicado, en virtud de la supresión del anterior requisito constitucional, se refuerza aún más, porque tampoco en ninguna de las cinco leyes habilitantes, se establecieron las bases, es decir las directrices, y propósitos a los cuales debe ajustarse la normación delegada dictada por el Poder Ejecutivo. Es ocioso añadir que en este caso la falta de los diputados es aún mayor, debido a que no hacen el menor esfuerzo por tratar de simular el cumplimiento del requisito, como en el caso precedente. Con respecto a este requisito basta leer cada una de las leyes para percatarse que en ninguna de ellas existe ni un atisbo de dichas bases, pero en honor a la verdad habría que añadir que no resultaba materialmente posible, pues si omitían la enunciación de las materias, no resultaba posible establecer las bases que debían condicionar la regulación de cada una de ellas en los respectivos decretos con fuerza de ley.

E. *La publicación de los decretos con fuerza de ley fuera del lapso establecido en la ley habilitante*

Como expusimos al principio, la delegación legislativa se desarrolla en dos fases, la primera y más importante es la sanción de la ley habilitante, y la segunda, la emanación de los correspondientes decretos con fuerza de ley, los cuales deben necesariamente ser publicados en la Gaceta Oficial dentro del plazo fijado en la Ley. Solo cuando este acto se cumple se perfecciona y se torna eficaz la figura de la delegación legislativa. Pues bien, destacamos una causa más de desnaturalización de las leyes habilitantes, en este caso, a diferencia de las anteriores, imputable al Presidente de la República, que es el órgano obligado a publicar los decretos con fuerza de ley con el respectivo texto legislativo dentro del plazo legal, quien incumplió ese deber en muchos casos.

Pues bien, si recordamos que cada una de las cinco leyes habilitantes fijaban un plazo que puede considerarse exagerado en el marco del Derecho comparado (dos, con un plazo de vigencia de un año, dos con un plazo de año y medio, y una de nueve meses y dieciséis días), para que el Poder Ejecutivo cumpliera con su obligación de publicar los respectivos decretos con fuerza de ley, pero en el caso de las leyes de 2000, 2007, 2010 y 2013, en una clara demostración de abuso de poder, el Presidente de la República decidió publicar algunos de ellos fuera del plazo fijado legalmente, y con la finalidad de intentar demostrar que cumplía con la disposición legal, recurrió a otro burdo ardid, que en cierta manera constituía una burla a la sociedad, el cual consistía en publicar, por la causa que fuere, el último día de fenecimiento del plazo, en la Gaceta Oficial, solo los títulos de los decretos con fuerza de ley.

Así por ejemplo, con respecto la ley de 2013 ese número de decretos publicados fuera del plazo legal alcanzó el número récord de treinta y cuatro, el cual se correspondía con el sesenta (60) por ciento de los que el Poder Ejecutivo debía dictar en ejecución de la aludida ley, en virtud de que la totalidad de los publicados fueron cincuenta y siete (57)¹⁷. Pues bien, cuatro o más días después publicaba esos decretos con fuerza de ley completos, es decir, con los correspondientes textos, *con la particularidad* de que la Gaceta en la cual se publicaban tenía la misma fecha de aquella en la cual había publicado solo sus títulos. Los demás decretos publicados extemporáneamente utilizando la misma “fórmula” correspondían a las leyes de 2000, 2007 y 2010.

Desde luego, que este claro abuso de poder tenía como finalidad erigirlo en un factor más de la desnaturalización de las leyes habilitantes, pues resulta elemental que la fecha de *publicación* de cualquier acto normativo en la Gaceta Oficial es la que marca la fecha de inicio de su vigencia, salvo que se haya establecido un período de “*vacatio legis*”, bien en el propio acto normativo o en la Constitución. Pero en el caso especial de los decretos con fuerza ley, el cumplimiento de ese requisito dentro del plazo fijado en la Ley habilitante cobra una importancia capital, porque además de ser un requisito de eficacia, es un requisito esencial de validez del decreto, y consecuentemente, de la delegación legislativa.

Y lo es de validez, por una razón obvia, derivada del carácter temporal de la delegación legislativa, que implica la cesión parcial y limitada en el tiempo, de la potestad legislativa, por la Asamblea Nacional, al Presidente de la República, quien queda obligado a ejercerla dentro del plazo establecido legalmente, sin que pueda pretender, por ningún motivo o causa. realizar dicho ejercicio fuera del referido plazo, porque el decaimiento de la delegación opera *ope legis e ipso facto*, el último día de ese plazo. Por consiguiente, si dicta los decretos extemporáneamente incurrirá en el vicio de usurpación de la potestad legislativa, que le confiere el artículo 167 constitucional en forma exclusiva al Parlamento, y como ocurre en cualquier Estado de derecho, el producto de esa usurpación (el decreto con fuerza de ley) será necesariamente nulo de nulidad absoluta, en virtud de que la referida usurpación implica una grotesca violación del principio de separación de poderes y del de reserva legal.

A mayor abundamiento en relación con el plazo de duración de vigencia de la ley habilitante, observamos que ciertamente la Constitución no establece nada al respecto, y mucho menos, como es lo deseable, dada su naturaleza excepcional, establece uno máximo, como sí lo hacen Constituciones de otros países. Aprovechándose de ese “vacío” la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional, cuyo mandato fenecía el 4 de enero de 2011, ante el temor de perder la mayoría calificada requerida para sancionar el tipo de leyes bajo examen, decidió convocar a sesiones extraordinarias y el 17 de diciembre de 2010 sancionó una ley habilitante con una vigencia de dieciocho (18) meses, lo que excedía *el lapso de dieciocho (18) días* que les restaba a esos diputados para el vencimiento de su mandato de cinco años (término de esa legislatura).

¹⁷ Cfr. Silva, Antonio. “Decretos leyes dictados por el Presidente de la República con base en la Ley Habilitante en el período 2013-2014”. En *Revista de Derecho Público* N° 142, octubre-diciembre. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014 p. 121.

O sea, que delegaron una parte de su potestad legislativa más allá de la finalización de su mandato constitucional, del cual lógicamente derivaban esa potestad.

Ahora bien, en España, en virtud de que su Constitución deja en manos de los parlamentarios fijar el lapso de duración de la delegación de la potestad legislativa, a pesar de tratarse de un país donde se respeta el Estado de derecho, se ha discutido la posibilidad de establecer en una eventual reforma del texto constitucional, el establecimiento de un término máximo para que el gobierno ejerza la delegación, mientras tanto debe admitirse que corresponde a los diputados fijarlo discrecionalmente, y en ese orden de ideas Quadra Salcedo¹⁸ ha formulado la tesis, que ha sido acogida favorablemente por una parte de la doctrina, según la cual la duración del plazo de delegación no puede exceder el término de la legislatura, que es de cuatro años. Y el autor fundamenta dicha tesis en que los parlamentarios solo pueden delegar la potestad legislativa hasta la fecha que ejerzan el mandato constitucional derivado de su condición de diputados, razón por la cual están impedidos constitucionalmente para delegar una potestad que pierden al terminarse la legislatura y concluir su mandato.

Cuando se hizo público en el país que los diputados salientes de la legislatura que concluía el 4 de enero de 2011, sancionarían el 17 de diciembre de 2010 una *ley habilitante* con una vigencia de dieciocho meses, como en efecto lo hicieron, muchos de los profesores de Derecho Público, coincidimos en expresar públicamente que ese texto legislativo sería inconstitucional, porque tratándose de ese excepcional tipo de ley, se configuraba una interdicción constitucional para esos parlamentarios, en virtud de que estaban impedidos de delegar el ejercicio de parte de su potestad legislativa, más allá de la duración de su mandato, el cual fenecía el mismo día del término de la legislatura, y marcaría la fecha máxima de vigencia la referida delegación legislativa.

Como es dable imaginarse los diputados favorables al régimen, dándole continuidad al proceso de desnaturalización de las leyes habilitantes, no solo hicieron caso omiso a esa observación, sino que sancionaron la ley con una vigencia, como ya se dijo, de dieciocho meses, en ejercicio de la cual el Poder Ejecutivo dictó la nada despreciable cantidad de cincuenta y cuatro (54) decretos con fuerza de ley.

La ley habilitante de 2010 a la que terminamos de referirnos, cuya inconstitucionalidad es, en nuestro criterio, indiscutible, algunos abogados pueden considerarla constitucional, alegando que los diputados pueden ejercer su potestad de sancionar leyes hasta el último día de su mandato, claro que obviarían el fundamento de nuestra tesis (la naturaleza excepcional de la ley habilitante y su carácter temporal), pero lo que sí a todas luces resulta claramente violatorio de la Constitución, es la publicación del texto de los decretos con fuerza de ley fuera del plazo establecido legalmente. En todo caso, ambas actuaciones, tanto la del Poder Ejecutivo, como de la Asamblea Nacional, antes analizadas, sin duda, devienen en factores que coadyuvan significativamente en el proceso sistemático de desnaturalización de las leyes habilitantes, y lo más grave de todo es que probablemente la mayoría de los decretos con fuerza ley dictados, a pesar de las gravísimas violaciones constitucionales de las leyes habilitantes, que les sirvieron de

¹⁸ Quadra Salcedo, Tomás. "La delegación legislativa en la Constitución". En *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. T. I. Civitas. Madrid, 1991, p. 385.

base, sigan vigentes. Y se maximiza la gravedad porque cincuenta y ocho de ellos fueron utilizados para regular derechos humanos, “regulación” que en un precario Estado de derecho como el nuestro, permite presumir con mucha probabilidad de certeza, que se tradujo en restricción de derechos.

F. *La utilización de la ley habilitante para crear una nueva fuente del derecho: los decretos con fuerza de ley orgánica*

En el proceso de desnaturalización de las leyes habilitantes, mediante actos de los Poderes públicos, claramente viciados de inconstitucionalidad, no nos queda duda que uno de esos actos de mayor gravedad es el proveniente de la Sala Constitucional, invocando tácitamente su carácter de “máximo y último intérprete de la Constitución...y que sus interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”, constituido por varias de sus sentencias dictadas con ocasión de pronunciarse acerca del carácter orgánico de cincuenta y ocho decretos con fuerza de ley, calificados los diez primeros como orgánicos por el Presidente de la República, no por la Ley habilitante de 2000, en la cual encontraban su base, (en las posteriores se autorizaba al Ejecutivo para que les diera ese calificativo, y los sometiera al control de la Sala). Pero ante esa inexistencia en la ley, tampoco obviamente existía ni siquiera un resquicio en la Constitución que facultase al Presidente de la República, para remitir ese tipo decreto con fuerza de ley a la Sala Constitucional. Pese a ese obstáculo insalvable los referidos decretos legislativos orgánicos fueron remitidos a la Sala

Esta les dio curso y dictó la primera sentencia denominada “líder” por la doctrina para referirse a la primera que profería el órgano jurisdiccional sobre un asunto controvertido, que posteriormente era repetida cuando se trataba del mismo asunto, fue la N° 1719, de 19 de septiembre de 2001, mediante la cual declaró la constitucionalidad del carácter orgánico del decreto con fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. En virtud de que ya analizamos esa sentencia en un libro publicado en el año 2005¹⁹ y que los mismos argumentos jurisprudenciales se han mantenido en los subsiguientes fallos, nos limitaremos a enunciar los que considero los más graves errores que presenta dicha sentencia:

a) La absurda declaración, según la cual las leyes habilitantes son *leyes orgánicas por denominación constitucional*; absurda, porque soslaya los artículos mediante los cuales la Constitución de 1999, crea cuatro tipos *diferentes* de leyes nacionales, los cuales resultan de reservar en forma exclusiva y excluyente a cada uno de esos tipos, determinado *ámbito material* que el legislador al ejercer su función normativa está obligado a respetar, razón por la cual ni desde el punto de vista constitucional ni de lógica jurídica elemental, resulta posible que una ley pueda ser a la vez *habilitante y orgánica por denominación constitucional*, y en el supuesto negado de que se configurara ese oxímoron jurídico, entonces esa ley no sería remitida a la Sala Constitucional, porque este tipo de leyes orgánicas por disposición del artículo 203 constitucional, segundo aparte, está exento de ser remitido a dicha Sala, debido que la calificación de orgánica

¹⁹ Peña Solís, José. *Los tipos normativos en la Constitución de 1999*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, p. 233 y siguientes.

proviene de la Asamblea Nacional Constituyente, razón por la cual todas las leyes orgánicas de esta clase están nominadas en forma taxativa en el texto de la Constitución, y reiteramos no son objeto del referido control constitucional.

De allí porque calificamos de absurda la declaración bajo examen, la única justificación –que no explicación– posible, es que la Sala a sabiendas de que estaba incurriendo en ese grave error, no encontró otra vía para entrar a conocer los decretos con fuerza de ley orgánica, pues las leyes habilitantes que le sirven de base no requieren ninguna declaración *a priori* de la Sala Constitucional, para adquirir validez después de ser sancionadas por la Asamblea Nacional.

b) Aunque esa absurda declaración fuera válida, de todas maneras la Sala Constitucional se encontraba con un obstáculo insalvable, porque no está facultada para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los *decretos con fuerza de ley*, debido a que estos aunque sean calificados de orgánicos, obviamente no son leyes parlamentarias, pues son el producto normativo del ejercicio de la delegación que la Asamblea Nacional, mediante las leyes habilitantes hace el Poder Ejecutivo, y es necesario reiterar que la Sala Constitucional de manera excepcional interviene únicamente en el procedimiento de formación de tres subtipos de leyes orgánicas, en más ningún otro tipo de ley y mucho menos de la figura de los decretos con fuerza de ley, que son de competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo. La Sala Constitucional sin ningún tipo de razonamiento obvió ese obstáculo y entró a conocer el carácter orgánico de esos instrumentos normativos.

c) Pero además la Sala Constitucional declaró que las leyes habilitantes eran un subtipo de *leyes orgánicas que sirven de marco normativo a otras leyes*, por tanto, de acuerdo con el órgano, máximo intérprete de la Constitución, debemos concluir en que la ley habilitante es a la vez una ley orgánica por denominación constitucional y una ley orgánica que sirve de marco normativo a otras leyes. Desde la perspectiva constitucional la armonización de esas declaraciones vertidas en una sentencia, con la sola finalidad de tratar de explicar lo inexplicable y justificar lo injustificable desde el punto de vista constitucional, se trata de un constructo que pretende ser constitucional, pero que al carecer totalmente de bases, se cae por sí solo, y no merece mayores análisis, para concluir en que la última y máxima intérprete del texto constitucional incurrió en un gravísimo error al entrar a conocer el carácter orgánico de esas pretendidas Fuentes del derecho, denominadas decretos con fuerza de ley orgánica.

d) En la continuidad de la búsqueda de argumentos inexistentes con que pretender justificar su pronunciamiento sobre la existencia de los decretos con fuerza de ley orgánica, en el fallo se afirma “Las leyes habilitantes carecen de límites de contenido y de jerarquía normativa”. Con respecto a la carencia de límites de contenido, el argumento es totalmente erróneo, porque desconoce los límites materiales implícitos que, como demostramos precedentemente se infieren de una interpretación contextual de la Constitución, de manera muy clara, tal como lo expusimos en el punto 3.3. e) al cual remitimos a los lectores, y sobre el otro argumento de la carencia de límites jerárquicos esta referido a los decretos con fuerza de ley, porque según el fallo el artículo 236, numeral 8, no establece ningún tipo de límite de esa naturaleza, y al respecto cabría preguntarse entonces si ese mismo precepto no establece un límite jerárquico clarísimo: la fuerza de ley, siendo entonces el primer límite de este instrumento normativo, la ley habilitante en el cual encuentra su fuente, pues si infringe los términos de esta puede ser impugna-

do por inconstitucionalidad, sirviendo dicha ley como parámetro de constitucionalidad, y si es por la equiparación de este tipo de decretos con las leyes orgánicas, entonces de ninguna manera atendiendo al principio que regula las relaciones entre las fuentes del derecho, podría admitirse que tiene un rango superior al resto de las otras leyes nacionales, pues la base del referido principio está sustentado en el axioma, según el cual todas las leyes tienen el mismo rango: el legal y el mecanismo relacional que origina su derogación, sobre la base del *criterio jerárquico, es que una ley posterior deroga a una ley anterior, siempre que sea de la misma clase*, porque si la antinomia se plantea entre distintos tipos normativos, se debe recurrir al criterio de la *competencia*, y nunca al de jerarquía; de allí el error en que incurre la Sala al sostener que los decretos con fuerza de ley orgánica carecen de límites jerárquicos.

e) La Sala Constitucional usurpa la función constituyente al crear una “nueva” fuente del Derecho. Cabe recordar que la Constitución es la máxima fuente del derecho (art 7 constitucional), pero a la vez es *la norma suprema de producción jurídica* o la fuente de las fuentes del derecho, que regula cuatro elementos capitales sobre dicha producción: los centros de producción de las fuentes, los requisitos de validez de las fuentes, el sistema de ordenación y relación de las fuentes y el *principio de enunciación de las fuentes del derecho*.

Después que la teoría de las Fuentes del derecho se constitucionalizó, es decir, que dejó de ser una materia exclusivamente regulada por el Derecho Privado, generalmente en los Códigos Civiles, y pasó a ser una materia propia del Derecho Público, regulada en las Constituciones modernas, estas pasaron a tener los dos roles antes señalados, y en el carácter de fuente de las fuentes del Derecho, regula los cuatro elementos estructurales antes citados, siendo el último mencionado, el principio según el cual la Constitución se reserva de manera exclusiva y excluyente, la creación de normas que rigen en un país, desde luego mediante el Poder Constituyente, no pudiendo ningún poder constituido *ni producir nuevas fuentes del derecho, ni suprimir las enunciadas en el texto constitucional*. Pues bien, la lectura de la Constitución demuestra de manera palmaria que los *decretos con fuerza de ley orgánica*, no integran el elenco de las fuentes del derecho enumeradas de manera taxativa en su texto, de manera pues, que cuando la Sala Constitucional, aun cuando invocase la “jurisdicción normativa”, crea o produce una “nueva” fuente del Derecho, constituida por los decretos con fuerza de ley orgánica, usurpa la función del Poder Constituyente originario, y obviamente subvierte los términos de la Constitución.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En las páginas precedentes hemos demostrado mediante la formulación de tesis y argumentos, contruidos con los instrumentos propios del Derecho, que durante quince años (2000 a 2015) la Asamblea Nacional, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, mediante una acción sistemática han logrado la *desnaturalización* de las leyes habilitantes, incorporadas *ex novo* en la Constitución de 1999, y por ende, de la *delegación legislativa*. Esa desnaturalización ha consistido en desvirtuar por acción u omisión todos los estándares conceptuales que dan lugar a su configuración en los ordenamientos constitucionales, los cuales se concretan en los requisitos de validez de las referidas leyes habilitantes, tal como son prefigurados en el artículo 203, tercer aparte del texto constitucional, pese a

que los evidentes defectos de redacción del precepto no facilitan su interpretación, pero tampoco constituyen obstáculos insuperables para formular una tesis dogmática acerca de la recepción, ajustada a los principios del constitucionalismo moderno, de la institución de las leyes habilitantes, en nuestra Constitución. Por supuesto, que desvirtuar los referidos estándares ha implicado “por activa y por pasiva”, utilizando una terminología española, la violación ostensible del citado artículo 203, tercer aparte, del texto constitucional.

El factor más importante utilizado por la Asamblea Nacional en ese proceso de desnaturalización, fue la manipulación de la finalidad constitucional de las leyes habilitantes, cambiándoles su naturaleza de *leyes excepcionales*, por el quiebre de los principios constitucionales ya mencionados, que implica su sanción, por la de “*leyes ordinarias presidenciales*”, al aprobar en quince años cinco leyes habilitantes con un período de vigencia de cinco años, nueve meses y dieciséis días, todas especies de “leyes habilitantes en blanco” (carecen de ámbito material delimitado, de directrices, propósitos y marco de cada uno de los decretos con fuerza de ley, y de límites materiales), lo que permitió que el Presidente de la República dictase discrecionalmente doscientos cuarenta y siete decretos con fuerza de ley, *cincuenta y ocho de ellos con carácter orgánico*.

El factor más importante al cual recurrió la Sala Constitucional fue crear “mediante sentencia” una *nueva fuente del Derecho*: los decretos con fuerza de ley orgánica, y declarar que las leyes habilitantes carecen de límites materiales. Por supuesto, al Poder Ejecutivo como “gran beneficiario” de las anteriores actuaciones de la Asamblea Nacional y de la Sala Constitucional, le correspondió la ejecución material de la desnaturalización de las leyes habilitantes, mediante el número de decretos con fuerza de ley antes enunciado.

Fue así como creó un nuevo ordenamiento jurídico, que visto el casi vaciamiento de las competencias de la Asamblea Nacional, debe constituir aproximadamente el ochenta y cinco por ciento del ordenamiento de rango legal postconstitucional que nos rige, ya que por razones conocidas en la última legislatura (2016-2020), todas las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional, fueron amuladas por la Sala Constitucional, con el agravante de que todo ese “ordenamiento” es inconstitucional, por tener como base esas leyes habilitantes, sin duda, inconstitucionales, amén de los vicios de nulidad material que probablemente afecten a muchos de esos decretos con fuerza de ley, por lo menos, los que revisten carácter orgánico, la mayoría de los cuales “regularon” *derechos constitucionales*.

Quedan sembradas serias interrogantes constitucionales sobre qué y cómo hacer con ese “ordenamiento” totalmente inconstitucional, en la hipótesis del restablecimiento del Estado social y democrático de derecho, aunque las perspectivas no resultan las mejores, si se tiene cuenta la convocatoria a las próximas elecciones parlamentarias, por el “nuevo” Consejo Nacional Electoral, pues con mucha probabilidad las “ganará” el partido gobernante obteniendo una mayoría de diputados muy superior a las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea, lo que permite predecir que volverán las “leyes ordinarias presidenciales” y obviamente el proceso de desnaturalización de las leyes habilitantes.

18. UNA MIRADA AL DERECHO DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Gabriel SIRA SANTANA*

Resumen: La colaboración repasa la regulación de los estados de excepción y la restricción de garantías en la Constitución de 1999 y destaca sus antecedentes en nuestra historia constitucional, los orígenes de estas disposiciones según el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente y los principios que rigen la materia.

Palabras claves: Estado de excepción; restricción de garantías; principios.

Abstract: This paper reviews the regulation of the states of emergency and the restriction of guarantees in the Venezuelan 1999 Constitution while enlightening its constitutional background according to our history, the origins of these provisions stated in the Journal of Debates of the National Constituent Assembly and the principles in the matter.

Key words: State of emergency; suspension of guarantees; principles.

INTRODUCCIÓN

En la Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999 se publicó un texto signado por la Asamblea Nacional Constituyente por medio del cual, “el pueblo de Venezuela (...) en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático”, decretaba la nueva Constitución de la República, que unos meses después sería objeto de reimpresión en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 en virtud del Oficio N° 34-00 del 27-01-2000 emanado de la misma Asamblea Nacional Constituyente “mediante el cual se solicita la reimpresión de la Constitución (...) por cuanto en dicha publicación se incurrió en errores de gramática, sintaxis y estilo, que han sido subsanados en el texto constitucional sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente, aprobado por el pueblo de Venezuela mediante referendo realizado el 15 de diciembre de 1999 y proclamado por la Asamblea Nacional Constituyente el día 20 de diciembre de 1999”¹.

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

¹ Nótese que tal como alertó el foro, los cambios en la reimpresión fueron más allá de la simple corrección de “errores de gramática, sintaxis y estilo” modificándose en ocasiones el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales. Véase al respecto: Delgado, Francisco. *Chavismo y Derecho*, Editorial Galipán, Caracas, 2017, pp. 15-28. El autor indica que entre la Constitución del referéndum del 15-12-

Este es el texto que –con las enmiendas publicadas en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009²– se considera la Constitución *vigente* en el país, si bien el asunto no escapa al debate y es posible encontrar posiciones en la doctrina que ponen en duda lo aquí dicho al destacar, por ejemplo, que aun cuando existe una “aceptación generalizada por parte de las instituciones públicas y de los ciudadanos de que en el referéndum se aprobó un texto distinto al que en efecto rige”³, no puede olvidarse que “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”, siendo el caso que “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”, por lo que “es jurídicamente imposible sostener que esta última pudiera entrar en vigencia, es decir, que fuera exigible y aplicable”, a lo que se agrega que “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 1999” ni su posterior reimpresión⁴.

Teniendo presente esta situación –que, vale decir, ha llevado a que se asevere que “[n]inguna persona sensata puede pensar que una Constitución que es violada antes de que entre en vigencia será respetada después”⁵– nos corresponde de seguida comentar cómo el texto previsto en la Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 (en lo sucesivo, CRBV) desarrolla el llamado derecho de excepción y cuáles son los principios que habrían de tenerse en cuenta en la materia, en atención a la invitación formulada por los profesores Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez para la participación en esta obra colectiva con motivo de los veinte años de publicación de la Constitución de la República de 1999.

En este sentido, dividiremos nuestra colaboración en cuatro bloques: (i) los antecedentes constitucionales de nuestro derecho de excepción, (ii) el nacimiento de la regulación actual según los Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, (iii) las previsiones de la CRBV en la materia, y (iv) los principios que, como institución jurídica, rigen a todo estado de excepción y la restricción de garantías derivada del mismo.

1999 y la del 24-03-2000 hay ajustes en 182 artículos y 13 disposiciones transitorias, sin que se sepa exactamente cómo se realizó ese proceso de *corrección*, constituyendo ejemplo de valor el numeral 3 del artículo 266 donde –gracias a una coma– se extendió la prerrogativa del antejuicio de mérito a todos los oficiales de la Fuerza Armada y no solo los generales y almirantes, como preveía el texto original.

² Las enmiendas versaron sobre los artículos 160, 162, 174, 192 y 230, en cuanto a la posibilidad de la reelección indefinida de los gobernadores, representantes de los consejos legislativos estatales, alcaldes, diputados de la Asamblea Nacional y el Presidente de la República, respectivamente.

³ Delgado, Francisco. *La reconstrucción del Derecho Venezolano*, Editorial Galipán, Caracas, 2012, p. 31.

⁴ Véase *in extenso* Nikken, Claudia. “Sobre la invalidez de una constitución”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI: Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, T. 1, Editorial Civitas y Universidad Central de Venezuela, Madrid, 2003, pp. 205-218. La autora concluye que “[l]a 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”, y, al preguntarse “¿Cuál es entonces el fundamento jurídico de la autoridad que ejercen actualmente los órganos del poder público?”, responde: “ninguno Nos encontramos frente a un gobierno *de facto*”.

⁵ Delgado, F. *Chavismo y Derecho*, *ob. cit.*, p. 21.

I. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Como hemos sostenido en otras oportunidades⁶, la CRBV es el primer texto constitucional que, en Venezuela, usó el término *estado de excepción* para referirse a aquellas circunstancias que hacen imperativa la adopción de un ordenamiento jurídico paralelo que concede un poder especial y temporal a la autoridad para atender un problema cierto y grave, que en ningún caso se considerará como un poder absoluto ya que, siempre, sin importar la gravedad de la emergencia, estará sujeto a claros límites que impiden desconocer los principios y postulados propios de un Estado Derecho, so pena de que el derecho de excepción pase a ser mera arbitrariedad bajo apariencia de legalidad. No obstante, la CRBV no fue el primer texto constitucional en prever el derecho de excepción, si bien con otra terminología.

Así, si repasamos los veintiséis textos que conforman nuestra historia constitucional encontraremos que en todos ellos hay alguna mención al derecho de excepción o de emergencia. Claro está, siempre ajustada a la realidad sociopolítica de la época⁷.

De este modo, por ejemplo, la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811⁸ preveía que “[e]l poder de suspender las leyes o de detener su ejecución nunca deberá ejercitarse sino por las legislaturas respectivas o por autoridad dimanada de ellas para sólo aquellos casos particulares que hubieren expresamente provisto fuera de los que expresa la Constitución” (artículo 185) y, ante “toda ocurrencia extraordinaria”, el Poder Ejecutivo convocaría al Congreso (artículo 104), pudiendo el primero “hacer una guerra defensiva para repeler cualquier ataque imprevisto” pero “no podrá continuarla sin el consentimiento del Congreso, que convocará inmediatamente, si no se hallare reunido, y nunca podrá sin este consentimiento hacer la guerra fuera del territorio de la Confederación” (artículo 101).

Desde entonces, el derecho de excepción en Venezuela ha estado caracterizado por un *vaivén constitucional* que podemos resumir del siguiente modo⁹:

En *primer lugar*, si bien la facultad para acudir al derecho de excepción se mantuvo en cabeza del Presidente de la República —o de la Unión— a lo largo de los años, la intervención de otros organismos del Estado al momento de tomar esta decisión varía pudiendo clasificarse a las Constituciones en tres grupos: (i) *Aquellas que exigen la valoración de la excepción por parte del Congreso*, como ocurrió con la Constitución de

⁶ Véase Sira Santana, Gabriel. *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

⁷ Recuérdese en este sentido que, tal como expone Andueza, “[t]oda constitución [sic] es fruto de una transacción entre fuerzas sociales, económicas y políticas. Si la influencia política se desplaza al cambiar los supuestos de hecho, ese desplazamiento requiere una revisión constitucional. Las fuerzas tradicionales cederán el paso a las nuevas corrientes”. Andueza, José Guillermo. “Los cambios constitucionales en América Latina”, *Revista de Derecho Público*, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 9. Sobre el trasfondo de estos cambios se recomienda la consulta de Casal Hernández, Jesús María. *Apuntes para una historia del Derecho Constitucional de Venezuela*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019.

⁸ Véase el texto completo de esta Constitución —y todas las citadas en este aparte— en Brewer-Carías, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*, Universidad Católica del Táchira, Instituto de Estudios de Administración Local y Centro de Estudios Constitucionales, San Cristóbal - Madrid, 1985.

⁹ Para más detalle véase Sira Santana, G. *El estado de excepción...., ob. cit.*, pp. 21-43.

1819, 1821, 1830, 1857, 1858, 1874, 1947 y 1961, (ii) *Aquellas que exigen la valoración de la excepción por parte de otras instituciones*, como ocurrió con la Constitución de 1881, 1891, 1893 y 1909 al por ejemplo prever la primera el voto deliberativo del Consejo Federal (artículo 66) y la segunda el voto consultivo o deliberativo del Consejo de Gobierno según se tratase de una guerra extranjera o una sublevación armada contra las instituciones políticas que se ha dado la Nación, respectivamente (artículos 77 y 78), y (iii) *Aquellas que dotan al mandatario nacional de una independencia absoluta para invocar el derecho de excepción en solitario o en Consejo de Ministros*, como ocurrió con la Constitución de 1864, 1901, 1904, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945 y 1953, siendo ejemplo representativo el artículo 36 de esta última conforme con el cual “[e]n caso de emergencia nacional o internacional el Presidente de la República podrá, por Decreto dictado en Consejo de Ministros, restringir o suspender, total o parcialmente, las garantías ciudadanas en todo o en parte del territorio nacional”.

En *segundo lugar*, los motivos que podrían dar pie a la declaratoria de excepción también variaron con el tiempo al pasar de conflictos armados afines en un principio con la lucha por la independencia y el mantenimiento de las instituciones políticas del nuevo Estado —ya sea que se les catalogase como guerra internacional o civil, conmoción o sublevación a mano armada, invasión exterior y repentina, u otros aforismos— a supuestos de otra naturaleza a partir de los años treinta del siglo pasado, como se desprende por ejemplo del artículo 36 de la Constitución de 1936 que se refería a epidemias y “cualquiera otra calamidad pública, o cuando por cualquiera otra circunstancia lo exija la defensa, la paz o seguridad de la Nación o de sus instituciones o forma de gobierno”, o la de 1947, que de un modo más general aludió en su artículo 76 a las “graves circunstancias que afecten la vida económica o social de la Nación”.

En *tercer lugar*, el universo de medidas que podrían adoptarse con motivo de la excepción —es decir, ese ordenamiento jurídico paralelo que hemos mencionado— permite catalogar los textos analizados en otros dos grandes grupos: (i) *Aquellas Constituciones que únicamente cuentan con una autorización general para dictar medidas*, como se constató en los años 1819, 1821, 1953 y 1961 al por ejemplo la segunda de estas prever que el Presidente podía “dictar todas aquellas medidas extraordinarias que sean indispensables y que no estén comprendidas en la esfera natural de sus atribuciones” (artículo 128), y (ii) *Aquellas Constituciones que cuentan con correctivos de una u otra forma tasados*, donde entrarían el resto de los textos constitucionales, siendo ejemplo de valor el artículo 118 de la Constitución del Estado de Venezuela de 1830 conforme con el cual:

Artículo 118. En los casos de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad de la República o de invasión exterior repentina, el Presidente del Estado ocurrirá al Congreso si esta [sic] reunido para que lo autorice o, en su receso, al Consejo de Gobierno, para que, considerando la exigencia, según el informe del Ejecutivo, le acuerde las facultades siguientes:

1. Para llamar a servicio aquella parte de la milicia nacional que el Congreso o el Consejo de Gobierno considere necesaria.
2. Para exigir anticipadamente las contribuciones que uno u otro cuerpo juzgue adecuadas o para negociar por vía de empréstito las sumas suficientes, siempre que no puedan cubrirse los gastos con las rentas ordinarias.

3. Para que, siendo informado de que se trama contra la tranquilidad o seguridad interior o exterior del Estado, pueda expedir órdenes por escrito de comparecencia o arresto contra los indiciados de este crimen, interrogarlos o hacerlos interrogar, debiendo poner los arrestados dentro de tres días a disposición del juez competente, a quien pasará el sumario informativo que dio lugar el arresto, siendo esta última autorización temporal.

4. Para conceder amnistías o indultos generales o particulares.

Asimismo, también resultan de interés los numerales 15 y 16 del artículo 72 de la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864, ya que ella diferenció las medidas a adoptar según se tratase de una “sublevación armada contra las instituciones políticas que se ha dado la Nación” o una “guerra extranjera”¹⁰.

Finalmente, en *cuarto lugar*, de modo poco frecuente pero no por ello menos relevante hallamos que en cuatro de las veinticinco Constituciones anteriores a la de 1999 – a saber, la de los años 1936, 1945, 1947 y 1961– se determinó que el decreto que declarase la excepción había de cumplir con ciertos requisitos básicos para evitar las arbitrariedades y los abusos de poder, por lo que este había de precisar; “1. Los motivos que lo justifiquen; 2. La determinación de la garantía o garantías que se restrinjan o suspendan y, 3. El territorio que afectará la suspensión o restricción” (artículo 36 de la Constitución de 1936 y 1945) o, en los términos del artículo 241 de la Constitución de 1961, que evoca a su vez la idea del artículo 76 de la Constitución de 1947: “[e]l Decreto expresará los motivos en que se funda, las garantías que se restringen o suspenden, y si rige para todo o parte del territorio nacional”.

Este es el marco constitucional que precedió a la CRBV como norma fundamental de nuestro objeto de estudio y que dedica el capítulo II de su título VIII –que resulta oportuno destacar, se denomina “de la protección de esta Constitución”– a la regulación de los estados de excepción y, aplicando las técnicas interpretativas clásicas del Derecho, nos permite arribar a una conclusión preliminar: los estados de excepción, para el Constituyente de 1999, son mecanismos a través de los cuales se pretende garantizar la vigencia de cada una de las disposiciones de la CRBV frente a determinadas situaciones de hecho que pueden ser invocadas –de buena o mala fe– para falsear o derogar, en todo o en parte, su contenido en un momento dado.

Con esta idea en mente, veamos de seguida qué se dijo en la Asamblea Nacional Constituyente sobre este tema, para luego comprobar qué prevé la CRBV al respecto y determinar si estas disposiciones se compaginan o no con los principios que rigen la materia.

¹⁰ En el primer caso el Presidente de la Unión podía usar la fuerza pública, pedir a los Estados federados los auxilios necesarios para la defensa de la Nación, exigir anticipadamente las contribuciones o negociar los empréstitos decretados si las rentas ordinarias eran insuficientes, y señalar el lugar a donde debía trasladarse transitoriamente el Ejecutivo Nacional; mientras que en el segundo, en adición a las facultades anteriores, podía arrestar o expulsar a los individuos que pertenecieran a la nación con la cual se estaba en guerra y que fuesen contrarios a la defensa del país, someter a juicio por traición a la Patria a los venezolanos que de alguna manera fuesen hostiles a la defensa nacional, expedir patentes de corso y represalias, dictar las reglas que habrían de seguirse en los casos de apresamiento, y, por primera vez, al menos de modo expreso, “suspender las garantías que sean incompatibles con la defensa de la independencia del país, excepto la de la vida”.

II. EL DEBATE CONSTITUYENTE DE 1999

A pesar de que en esta colaboración hemos hecho –y haremos– uso del término *Constituyente* para referirnos a los autores de la CRBV, resulta prudente mencionar que en el foro han puesto en duda esta *autoría* pues, en el caso concreto de los estados de excepción, “queda claro que unas normas tan relevantes (...) se manejaron con mucha ‘ligereza’ (...) en virtud de que fueron modificadas sustancialmente, al punto que se añadió un artículo que no resultó aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente (el 338), y además el 339 fue objeto de cuatro modificaciones (...) después de haber sido sancionada la Constitución”¹¹.

Esta situación hace necesario consultar los Diarios de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente para conocer los orígenes de las disposiciones constitucionales en la materia, visto en parte que si bien la exposición de motivos del texto constitucional incluye algunas menciones de valor que veremos más adelante, no solo la *autoría* de dicho texto también se encuentra en entredicho¹² sino también su carácter normativo¹³.

En este sentido, los Diarios de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente recogen menciones a los estados de excepción de forma temprana cuando, por ejemplo, el Constituyente Escarrá expuso en las primeras sesiones de este cuerpo que la Comisión del Sistema de Defensa y de las Fuerzas Armadas Nacionales prevista en el reglamento de funcionamiento de esta Asamblea había de incluir el desarrollo de “los debidos estados de excepción, o estados de emergencia”¹⁴ –lo que hace recordar la visión que se tenía de esta figura al inicio de nuestra historia constitucional, según se vio, y que quedó reafirmado en el anteproyecto de Constitución presentado por este Constituyente en el que nuestro objeto de estudio se incluía en un título denominado “De la seguridad a la Nación” junto con el régimen de las Fuerzas Armadas y los principios de seguridad del Estado, si bien el mismo no fue desarrollado¹⁵– o el debate suscitado con motivo del “Proyecto de Acuerdo relativo a la Declaratoria de Emergencia Nacional” respecto al cual el Constituyente Brewer-Carías manifestó su desacuerdo con la terminología empleada, ya que “declara[r] el estado de emergencia a nivel del derecho internacional, del derecho de los derechos humanos, del derecho constitucional, equivale a declarar el

¹¹ Peña Colmenares, Néida. “Excursus histórico sobre los estados de excepción en Venezuela”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 5, Caracas, 2015, pp. 415-439.

¹² Véase Nikken, C. *Sobre la invalidez...*, *ob. cit.* y Delgado, F. *Chavismo y Derecho*, *ob. cit.*

¹³ Resulta oportuno recordar que en el pasado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha indicado que tal exposición “constituye un documento independiente al Texto Constitucional propiamente dicho y, no siendo parte integrante de la Constitución, no posee carácter normativo”, por lo que su contenido puede ser consultado “sólo a título referencial e ilustrativo para el análisis de la norma constitucional”, puesto que “constituye simplemente una expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma”. Véase fallo N° 93 del 06-02-2001 (caso: CORPOTURISMO), en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/febrero/93-060201-00-1529%20.HTM>

¹⁴ Continuación de la sesión permanente del 07-08-1999 el día 08-08-1999, *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. I, p. 201, en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/06/ANC.-Actas.-Vol-I.-agosto.-sept.-1999.pdf>

¹⁵ Sesión ordinaria del 12-10-1999, *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. II, p. 21, en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/06/ANC.-Actas.-Vol-II.-sept.-octubre-1999.pdf>

estado de sitio, de excepción, de circunstancias excepcionales, es decir, ir a otra cosa que no tiene nada que ver con lo que (...) parece ser la intención de los redactores del proyecto”, referido a la crisis institucional que aquejaba al país¹⁶.

De este modo, el primer artículo del anteproyecto de Constitución donde hubo una alusión expresa a nuestro objeto de estudio fue el 27 cuando, al regularse el derecho de amparo, se incluyó que el mismo “no puede afectarse por la declaratoria del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”¹⁷, dando pie al último aparte del artículo 27 de la CRBV conforme con el cual “[e]l ejercicio de este derecho [de amparo] no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”.

Situación similar se presentó en relación con la primera discusión de la desaparición forzada de personas respecto a la cual el artículo 47 indicaba que “[s]e prohíbe a la autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías individuales practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas (...)”¹⁸ y el artículo 259 del anteproyecto en cuanto a que “[l]a declaración de los estados de excepción, no modifica el principio de su responsabilidad [del Presidente de la República], ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los ministros, de conformidad con esta Constitución y las leyes”¹⁹, lo que hoy encontramos en el artículo 45 y 232 de la CRBV, respectivamente. Estos artículos, como podrá apreciar el lector, no dieron lugar a debate en cuanto a la materia que nos ocupa, siendo que el texto del anteproyecto y de la CRBV no presentan mayor variación.

No ocurrió así, en tanto, con el numeral 8 del artículo 269 del anteproyecto que incluía la competencia del Presidente de la República para “[d]eclarar los estados de excepción y decretar la restricción o suspensión de garantías en los casos previstos en esta Constitución” ya que, al respecto, el Constituyente Villegas propuso “suprimir la palabra ‘suspensión’ porque ya la tendencia es a la restricción de garantías, no a la suspen-

¹⁶ Sesión permanente del 12-08-1999, *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. I, p. 377. Nótese que este tema dio cabida a que el Constituyente diera las primeras pinceladas sobre el derecho de excepción en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente al indicar, entre otros, que “[e]n América Latina el estado de emergencia y el estado de excepción lamentablemente no han conducido a medidas para proteger la seguridad del Estado y el interés de la población; al contrario la experiencia es demasiado conocida, de mecanismos más bien represores de los Derechos Humanos” y que “[e]l tema del estado de emergencia ha dejado de ser, hace mucho tiempo, de la exclusividad de las jurisdicciones domésticas en los estados [sic]; pertenece a la internacionalización de los Derechos Humanos y a las jurisdicciones internacionales”. El planteamiento fue respondido por el Constituyente Gutiérrez quien luego de asegurar que la Asamblea era “esencialmente política” y no jurídica-, defendió que “[s]e declare el estado de excepción, toda vez que ese estado de excepción (...) se sucede cuando hay conflicto interior o exterior o fundados motivos de que ese conflicto interior o exterior pueda ocurrir, y eso precisamente es lo que ocurre en Venezuela. Declaramos el estado de emergencia para no tener que suspender más tarde las garantías, para no tener que suspender más tarde el derecho de reunión, el derecho a la huelga, el derecho a la asociación, el derecho a la manifestación”.

¹⁷ Sesión ordinaria del 21-10-1999, *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. II, pp. 394 y 441.

¹⁸ Sesión ordinaria del 22-10-1999, *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. II, pp. 551-556.

¹⁹ Sesión ordinaria del 04-11-1999, *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. III, pp. 409-410, en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/06/ANC.-Actas.-Vol-III.-Oct.-Nov-1999.pdf>

sión de garantías. Es decir, que cualquier decisión en materia de emergencia pase por la restricción de garantías que me parece un término más adecuado a lo que se ha avanzado en materia de derechos humanos y garantías constitucionales en el ámbito internacional”; idea que compartiría el Constituyente Brewer-Carías visto que la suspensión “ha conducido, las veces que se ha utilizado en el país, a abusos que tenemos que evitar en relación a los derechos humanos”²⁰ y que finalmente se asentaría en el numeral 7 del artículo 236 de la CRBV.

Lo mismo puede advertirse en relación con las atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia visto que el anteproyecto aludía al “[v]erificar, a solicitud del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con la Constitución (...) de los decretos de excepción antes de su publicación” (numeral 5 del artículo 378) y, luego de la intervención del Constituyente Escarrá, este pasó a su redacción actual de “[r]evisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República” (numeral 6 del artículo 336 de la CRBV), ya que si bien se había “acogido la tesis latinoamericana, pero particularmente de las dos últimas constituciones colombianas, y es la de remitir el decreto a la Sala Constitucional, para su efectivo control”, se sostuvo que “efectivamente no puede haber un control previo porque paralizaría el *ius exorbitante*, lo que sería extremadamente grave, a la hora de tomar estas decisiones que tienen que tomarse en un estado de excepción”²¹.

En todo caso, estas fueron las discusiones que antecedieron al capítulo referido a los estados de excepción en el anteproyecto de Constitución –que pasó de estar inserto en el título “De la seguridad a la Nación”, como se dijo, a “De la protección de la Constitución”– sobre el cual solo nos resta hacer un par de comentarios generales, principalmente referidos a la necesidad de *concretizar* el derecho de excepción con la clara intención de que su eventual implementación fuese fiel a la finalidad que esta institución persigue²².

Así, al revisar los Diarios de Debate vemos que Constituyentes como Olavarría y Combellas abogaron por la necesidad de que la regulación sobre los estados de excepción fuesen más precisa en vez de enunciarse “en una forma tan amplia y tan vaga como lo está en este artículo [379 del anteproyecto]”²³, en palabras del primero, siendo que,

²⁰ *Ibid.*, pp. 414, 416-417.

²¹ *Ibid.*, p. 842. En el mismo sentido se pronunció al Constituyente Brewer-Carías unos minutos antes al apuntar que el artículo incurría “en error”, ya que “en el capítulo siguiente, de los estados de excepción, (...) se prevé que los decretos de excepción deben ser enviados a la Corte. Pero, por supuesto, no es verificar antes de su publicación, porque sería paralizar la posibilidad de un decreto de excepción, en caso de circunstancias excepcionales”.

²² Véanse alguno de nuestros comentarios al respecto en Sira Santana, Gabriel. “El propósito de los estados de excepción en Venezuela (enero 2016 - julio 2018)”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, T. II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019, pp. 1585-1614.

²³ El artículo 379 del anteproyecto era del siguiente tenor: “El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar el estado de excepción cuando se registren circunstancias de orden social, económico, político o ecológico que afecten la seguridad nacional, las instituciones y los ciudadanos, sean por causa interna o externa, y no fuesen suficientes las facultades ordinarias para hacer frente a tales hechos, en cuyo caso, podrá limitar o suspender temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos intangibles”.

en palabras del segundo, “estamos en situaciones excepcionales, donde deben estar muy claramente expuestos los supuestos para su actualización”²⁴, por lo que era mejor determinar cuáles garantías no podrían restringirse en vez de acudir sin más a la fórmula de los derechos intangibles que se prestaba a diversas interpretaciones²⁵.

Esta idea se reiteró en la intervención del Constituyente Villegas quien propuso que “el decreto debería estar referido a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado el estado de excepción y deberá ser proporcional a la gravedad de los hechos. Es decir, que tiene que haber una correspondencia entre las medidas que se adopten para la restricción de las garantías y las decisiones que se adopten, estando presente la proporcionalidad”²⁶.

En tanto, en relación con el artículo 380 del anteproyecto²⁷, las observaciones de los Constituyentes estuvieron dirigidas a proponer suprimir el control dual del decreto dejando solamente el ejercido por la Asamblea Nacional (o la Comisión Delegada, si la primera se encontraba en receso) –debiendo precisarse en todo caso si este control tenía algún efecto jurídico– y limitar la duración de la excepción a treinta días prorrogables por treinta días adicionales; aceptándose al momento de la votación mantener el control por parte del Poder Legislativo y del Poder Judicial y rechazándose el límite temporal propuesto²⁸.

Finalmente interesa destacar que otras alusiones a los estados de excepción en el anteproyecto como lo era que no podría iniciarse la reforma constitucional durante la vigencia de estos estados (artículo 382) no prosperaron en la primera discusión, siendo que de acuerdo con las actas de la segunda discusión acaecida los días 14 y 15 de noviembre de 1999, los artículos aquí comentados no experimentaron mayor cambio a pesar de que se solicitó que fuesen redactados de nuevo porque las versiones presentadas a discusión no se correspondían con las aprobadas²⁹.

²⁴ Sesión ordinaria del 09-11-1999, *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. III, p. 845. Nótese que en su intervención el Constituyente Olavarría también abogó por suprimir la frase “circunstancias de orden social, económico, político” de la norma por considerarla “totalmente inadecuada e inconveniente”, optando en cambio por “situaciones extraordinarias” y “catástrofes naturales imprevistas”.

²⁵ Esta también fue la posición del Constituyente Escarrá y de la Comisión en la materia según intervención del Constituyente Marín.

²⁶ Sesión ordinaria del 09-11-1999, *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. III, pp. 845-846. El Constituyente agregó que “[t]ambién, a mi modo de ver, debe expresarse claramente que el estado de excepción no interrumpirá el funcionamiento ni afectará las prerrogativas de los órganos de los Poderes Públicos y será regulado por una Ley Orgánica en el [sic] cual se determinarán sus límites y el alcance de la restricción de las garantías”. Ambas previsiones serían incorporadas en la CRBV, si bien de acuerdo con el Diario de Debates no se tomaron como proposiciones al momento de la votación.

²⁷ El artículo indicaba: “El Decreto que declare el estado de excepción deberá ser presentado de inmediato a la Asamblea Nacional para su aprobación y a la Corte Suprema de Justicia para su supervisión y control. El Decreto deberá cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El estado de excepción será regulado por una Ley especial”.

²⁸ Sesión ordinaria del 09-11-1999, *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. III, pp. 847-849.

²⁹ *Diario de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente*, vol. IV, pp. 46-49, en <http://allanbrewerarias.com/wp-content/uploads/2019/06/ANC.-Actas-Vol-IV.-Nov.-Dic-1999-enero-2000.pdf>

III. “DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN”, EL CAPÍTULO II DEL TÍTULO VIII DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Una rápida revisión de la CRBV centraría nuestra mirada en los artículos 337, 338 y 339 de este texto –previstos en el capítulo II del título VIII, como se dijo– en los cuales el Constituyente habría estipulado lo que ha de entenderse por un estado de excepción, cuáles son sus tipos y a qué controles se encuentran sometidos, respectivamente. No obstante, hemos de hacer dos precisiones antes de referirnos a estos artículos:

La *primera*, es que la regulación de los estados de excepción no se agota en el capítulo II del título VIII de la Constitución de la República pues a lo largo de su articulado podemos encontrar otras disposiciones de interés como lo serían el numeral 7 del artículo 236 –prevé como atribución y obligación del Presidente de la República el “[d]eclarar los estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en esta Constitución”– o el numeral 6 del artículo 336, según el cual es atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el “[r]evisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República”.

Asimismo, hemos de remitir al lector a los artículos 27, 45 y 232 de la CRBV conforme con los cuales –respectivamente– (i) el ejercicio del derecho de toda persona a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales –con especial mención a la acción de amparo a la libertad o seguridad– “no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”, (ii) “[s]e prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas”, y (iii) la responsabilidad del Presidente de la República por sus actos y por el cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo no se ve afectada por la implementación de un régimen de emergencia pues, como lo dispone el artículo en cuestión, “[l]a declaración de los estados de excepción no modifica el principio de su responsabilidad, ni la del Vicepresidente Ejecutivo (...), ni la de los Ministros”; mientras que de acuerdo con el artículo 134 *ejusdem*, en caso de calamidades públicas –que es uno de los supuestos que permite declarar el estado de excepción– toda persona tendrá el deber de prestar los servicios civiles o militares necesarios para hacer frente a la situación, aunque el mismo artículo determina que “[n]adie puede ser sometido a reclutamiento forzoso”.

Y la *segunda*, es que en el año 2007, cuando se pretendió reformar el texto constitucional, se planteó una modificación a fondo del régimen de excepción vigente desde 1999 incluyéndose dentro de estos cambios un regreso al sistema de *suspensión* en vez de *restricción* de garantías³⁰ y la supresión de algunos de los límites impuestos por el

³⁰ Al respecto, recuérdese que como expone Ayala Corao, “[l]a suspensión de garantías es un concepto más genérico, que implica la interrupción o cesación temporal de los mecanismos para asegurar el goce y ejercicio de los derechos. La restricción de garantías implica únicamente la ampliación de las potestades normativas de rango legal del Presidente de la República”; idea que reitera Casal Hernández al destacar que “[m]ientras que la suspensión se refiere a la totalidad de la garantía constitucional, la restricción atañe tan sólo a una parte de la misma”. Véase respectivamente Ayala Corao, Carlos. “La inseguridad jurídica ocasionada por las regulaciones militares a las garantías constitucionales suspendidas”, *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 28 y Casal

Constituyente de 1999 en su intento de racionalizar la institución para evitar abusos —como venía siendo la regla desde la Constitución de 1936 según se vio *ut supra*, con la excepción del texto de 1953 que, como era de esperarse dado el régimen dictatorial imperante para la fecha, más bien promovió el uso desproporcionado del derecho de excepción³¹— al, por ejemplo, pretender permitir que en los estados de excepción se limitara el derecho a la información y al debido proceso y querer eliminar la obligación de que el decreto cumpliera con las exigencias, principios y garantías establecidos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela³², además de querer crearse un nuevo estado de excepción (denominado “estado de alerta”) para cuando “exista la posibilidad cierta e inminente que va a ocurrir una situación capaz de generar catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares, con el fin de tomar las medidas previas necesarias para proteger la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos”³³.

Hechas las precisiones anteriores que ayudan a revelar las intenciones del Constituyente y de quienes detentan el Poder Público en Venezuela en relación con el derecho de excepción, podemos pasar a reseñar el contenido del capítulo II del título VIII de la CRBV.

1. *La definición de la excepción*

Con base en el artículo 337 de la CRBV³⁴, los estados de excepción podrían definirse como un mecanismo previsto en la Carta Magna para la protección del orden constitucional que, frente a una circunstancia fáctica determinada —sea de orden social, económico, político, natural o ecológico— que por su gravedad hace insuficiente al ordenamiento jurídico ordinario, faculta al Presidente de la República para dictar en Consejo de Ministros los actos que sean estrictamente necesarios para lograr una respuesta

Hernández, Jesús María. *Dictadura constitucional y libertades públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 120.

³¹ Nótese que en este período la ausencia de control fue tal que, conforme a la disposición transitoria tercera de la Constitución comentada, hasta tanto no se *completara* la legislación en materia de garantías individuales, se autorizó al Presidente de la República “para que tome las medidas que juzgue convenientes a la preservación en toda forma de la seguridad de la Nación, la conservación de la paz social y el mantenimiento del orden público”, lo que equivalía a decir que el Presidente podía limitar a voluntad tales garantías siempre que alegase que era en defensa del orden constitucional, pudiendo convertir un régimen extraordinario en el común denominador del Estado venezolano

³² Véase en general Casal Hernández, Jesús María “Los estados de excepción en la Reforma Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 325-329.

³³ Véase Bermúdez, José Rafael. “Propuesta de Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela emitida por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007. Comparación literal Constitución-Reforma”, *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 357-420.

³⁴ El artículo reza: “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, 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 incommunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles”.

oportuna que ponga fin a la crisis –o la haga manejable– pudiendo inclusive este mandatario restringir determinadas garantías, siempre que su actuar, en todo momento, respete los principios que rigen al régimen de excepción, al Estado de Derecho y esté fundamentado en una emergencia cierta.

Esta definición se compaginaría con los dichos de la doctrina en la materia que catalogan estos estados como “una respuesta jurídica a fenómenos naturales o acontecimientos políticos, sociales o económicos extraordinarios” a través de la cual se procura “el pronto restablecimiento de la normalidad”³⁵; por lo que, por el tiempo que dure la medida, el Poder Ejecutivo contaría con poderes excepcionales que le facultan para dictar actos y correctivos que tiendan a dicho restablecimiento pudiendo –incluso– limitar el ejercicio de determinados derechos al restringir sus garantías³⁶.

Lo anterior, teniendo presente la advertencia formulada por García-Pelayo para quien, aunque “toda normatividad supone una normalidad” pues “no hay norma aplicable a un caos”, y “la posibilidad de la vigencia del Derecho está condicionada por una situación social estable, es decir, por una situación en la que se dan los supuestos sobre los que se edificó la normatividad jurídica en cuestión”, ya que si ello no ocurre nos encontraríamos ante un “caso excepcional al que, por su misma naturaleza, no se le puede aplicar la norma general”, tal excepcionalidad no puede ser equiparada a una ausencia de Derecho; motivo por el cual, a fin de evitar que producto de la emergencia se tomen medidas que contraríen el marco jurídico, “[e]l Estado de Derecho lleva en su propia dialéctica la necesidad de un derecho excepcional, es decir, prever la excepción y normativizar la misma excepción”, concluyendo el autor que la excepción “debe encuadrarse en el marco y en los términos de la ley”³⁷. En otras palabras: el derecho de excepción no equivale a negar la existencia y vigencia del Estado de Derecho, pues el primero se entiende como parte integrante del segundo (una relación continente-contenido, si se quiere) para lograr lo que la doctrina denomina la “vuelta ordenada” a la racionalización del Poder³⁸.

2. La declaratoria de la excepción

Si partimos de lo visto en el acápite anterior, el artículo 337 constitucional daría respuesta a dos interrogantes en relación con la declaratoria de excepción que, como hemos dicho en otras oportunidades, no puede consistir en un *caparazón vacío* que carezca de contenido cierto ya que, de permitirse ello, no habría una respuesta eficaz ante el problema planteado para facilitar su solución (idea sobre la que gira la propia noción

³⁵ Casal Hernández, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 143.

³⁶ Al respecto, Brewer-Carías manifiesta que, “[s]i la esencia de la garantía constitucional es la reserva legal para su limitación y reglamentación; restringida la garantía constitucional, ello implica la reducción del monopolio del legislador para regular o limitar los derechos, y la consecuente ampliación de los poderes del Ejecutivo Nacional para regular y limitar, por vía de Decreto, dichas garantías constitucionales”. Véase Brewer-Carías, Allan R. *La ruina de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 395.

³⁷ García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2005, pp. 162-163.

³⁸ Véase Sosa Gómez, Cecilia. “El régimen de la emergencia en la Constitución de 1961”, *200 Años del colegio de abogados. Libro-Homenaje*, T. II, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, 1989.

del estado de excepción), en adición a los inconvenientes que ello acarrearía para la seguridad jurídica y los derechos e intereses de aquellos que puedan verse afectados por la declaratoria³⁹.

Así, la *primera interrogante* sería sobre quién puede declarar un estado de excepción y habríamos de contestar que únicamente el Presidente de la República en Consejo de Ministros, estándole vedado en consecuencia a los gobernadores, alcaldes y demás representantes del Poder Público nacional, estatal o municipal declarar la excepción, aun cuando según el artículo 16 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción⁴⁰ (en lo sucesivo, LOEE) el Presidente podría *delegarles* la ejecución del decreto⁴¹, y, de acuerdo con el Decreto con Fuerza de Ley del Sistema Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres⁴², los gobernadores y alcaldes serían competentes para declarar la alarma y la emergencia en su jurisdicción (mas no, reiteramos, con los mismos efectos de un estado de excepción)⁴³.

La *segunda interrogante* gira en torno a cuándo puede declararse el estado de excepción, en el entendido que no toda circunstancia fuera de lo común será motivo suficiente para que se instaure un estado de esta naturaleza.

Así, la procedencia y conformidad con derecho de esta declaratoria exigirá la concurrencia de tres requisitos: (i) que exista una circunstancia de orden social, económico, político, natural o ecológico, (ii) que esta circunstancia afecte gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones o de los ciudadanos, y (iii) que las facultades previstas en el ordenamiento jurídico ordinario resulten insuficientes para hacerles frentes.

Solo al cumplirse estas exigencias de competencia y fundamentación jurídica y fáctica —claramente vinculadas con los principios en la materia, según veremos más adelante— es que podrá *activarse* el ordenamiento jurídico paralelo que hemos mencionado en el marco del Estado de Derecho cuyos principios, repetimos una vez más, no pueden hacerse a un lado ni en la más grave de las emergencias.

3. *Los efectos y la tipología de la excepción*

Continuando con nuestro repaso del derecho de excepción en la CRBV, si nos preguntamos cuáles son los efectos de la declaratoria de uno de estos estados las luces que

³⁹ Véase Sira Santana, Gabriel. “El estado de alarma en el Derecho venezolano, a propósito del COVID-19”, *Blog de la Revista Derecho y Sociedad*, Universidad Monteávila, Caracas, 2020, en <http://www.derysoc.com/especial-nro-3/el-estado-de-alarma-en-el-derecho-venezolano-a-proposito-del-covid-19>

⁴⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.261 del 15-08-2001.

⁴¹ Véanse nuestros comentarios al respecto en G. Sira Santana, *El estado de excepción...*, *ob. cit.*, pp. 54-60.

⁴² Publicado en Gaceta Oficial N° 5.557 Extraordinario del 13-11-2001.

⁴³ A pesar de que ambos supuestos permiten la activación de recursos técnicos, humanos, financieros y materiales, los primeros tienen por objeto “reducir los efectos dañosos ante la ocurrencia inminente de un fenómeno natural técnicamente previsto” mientras que, los segundos, el “atender o enfrentar los efectos dañosos causados por un fenómeno natural o tecnológico que han generado un desastre”, siendo este último definido como “todo evento violento, repentino y no deseado, capaz de alterar la estructura social y económica de la comunidad, produciendo grandes daños materiales y numerosas pérdidas de vidas humanas y que sobrepasa la capacidad de respuesta de los organismos de atención primaria o de emergencia para atender eficazmente sus consecuencias” (numerales 3, 4 y 1 del artículo 4, respectivamente).

nos brinda el artículo 337 nos dejan en cierta penumbra pues, más allá de la posibilidad de que sean “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”, el Constituyente no determinó los efectos que podría causar cada declaratoria aun cuando, como pudimos apreciar *ut supra*, algunos abogaron en el debate constituyente por la necesidad de normas precisas y la correspondencia que había de existir entre la situación que causaba el régimen de excepción y las medidas que se adoptaban con base en la misma, como de hecho algunas de nuestras Constituciones anteriores lo hacían.

Esta situación se agrava cuando vemos que en el artículo siguiente –el 338– se procedió a enlistar cuatro modalidades de estado de excepción (alarma, emergencia económica y conmoción interior o exterior) sin que entre ellos hubiese diferencias más allá de su duración máxima –treinta, sesenta y noventa días prorrogables en una única ocasión por los mismos lapsos, respectivamente⁴⁴–, y el uso de términos ambiguos con los que se pretendió distinguir un estado del otro, dando un amplísimo margen al intérprete para determinar los supuestos que encuadrarían en cada tipo y los correctivos a aplicar⁴⁵.

Es quizás a sabiendas de esta indeterminación que en el último aparte del mencionado artículo 338 se lee que “[u]na ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos”⁴⁶. No obstante,

⁴⁴ Nótese que esta limitación ha sido violada abiertamente desde el año 2016 por quien dice ejercer la Presidencia de la República, al decretarse nuevos estados una vez se agotó la duración del original, tanto en el caso de la emergencia económica como del estado de alarma por la COVID-19. Véase al respecto G. Sira Santana, *El estado de excepción...*, *ob. cit.*, y los *Reportes CIDEP* en la materia disponibles en <https://cidep.com.ve/reportes>

⁴⁵ A modo de ejemplo, téngase el caso del “estado de emergencia económica” que procedería “cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación” o el “estado de conmoción interior o exterior” cuya procedencia estaría atada -variando únicamente un término- a que existe un “conflicto interno o externo”. Esta vaguedad en el uso del lenguaje -que no es algo exclusivo de la materia que nos ocupa y, de hecho, ha sido estudiada en el foro por autores como Delgado para quien la situación “convierte la certeza del derecho en una fantasía”, ya que “no le deja saber a los ciudadanos qué es exactamente lo que las normas ordenan o prohíben ni cuáles son los límites precisos de sus derechos subjetivos”, convirtiéndose el ordenamiento en “una abigarrada masa de artículos susceptibles de servir de fundamento para cualquier decisión”. Véase Delgado, F. *La reconstrucción...* *ob. cit.*, p. 39, ha dado pie a que autores como Rondón hagan su propia lista de supuestos de hecho para cada categoría como puede revisarse en Rondón de Sansó, Hildgard. “Los estados de excepción en el Derecho venezolano”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, Caracas, 2016, pp. 309-318.

⁴⁶ Nótese al respecto que autores como Nikken han sostenido que “la existencia de una ley contraría el principio mismo de la excepcionalidad”, ya que “la regulación de los estados de excepción es materia de reserva constitucional” y, en consecuencia, “la regulación de los estados de excepción, así como las medidas que pueden adoptarse con base en ellos, deberían estar claramente establecidas y delimitadas en la Constitución, siempre con un cierto margen de discrecionalidad: la suficiente para dar cabida a la ‘legislación de excepción’”. La autora, entre otros argumentos de interés, plantea que si las medidas se encuentran reguladas por ley, nada impediría al Presidente de la República para, de buena o mala fe y basado justamente en la excepción, abstraerse de tal regulación considerándola insuficiente o inadecuada; lo que finalmente haría a las disposiciones inútiles. Véase Nikken, Claudia. “Aproximación crítica a la regulación de los estados de excepción en Venezuela”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 8, N° 1, Universidad de Talca, Talca, 2002, pp. 181-183.

ello no ocurrió: la LOEE se publicó en el año 2001 y, al revisar su contenido, el lector podrá constatar que ella prácticamente se limita a reiterar el texto de la CRBV, agregando únicamente cuatro medidas que podrían adoptarse en cualquier estado de excepción⁴⁷.

De este modo, en adición a las medidas previstas a nivel legislativo⁴⁸ y el hecho que según el artículo 15 de la LOEE el Presidente de la República –en Consejo de Ministros– estaría facultado para “[d]ictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República” y “[d]ictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos”, por lo que nos encontraríamos ante un *numerus apertus* de posibilidades, si nos retrotraemos a la CRBV que en esta oportunidad funge como nuestro objeto de estudio veremos que el efecto de la declaratoria del estado de excepción será, básicamente, la facultad dada al Presidente de la República para que el mismo restrinja temporalmente algunas garantías constitucionales, entendidas estas como “las instituciones de seguridad para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho”, que no sería otra cosa que “las libertades públicas reconocidas formalmente por el Estado en el Texto Fundamental”⁴⁹.

4. *La restricción de garantías en la excepción*

Hemos dicho que, de acuerdo con la CRBV, el *efecto natural* –mas no forzoso– de los estados de excepción parece ser la posibilidad de que el Presidente de la República restrinja, en Consejo de Ministros, las garantías referidas a aquellos derechos que sea necesario limitar para hacer frente a la crisis que se vive.

Este *efecto* lo hallamos no solo en el artículo 337 ya citado, sino en el encabezado del artículo 339 conforme con el cual “[e]l Decreto que declare el estado de excepción (...) regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe”, a fin de evitar la arbitrariedad de los personeros del Poder Público en el desempeño de sus funciones y brindar una mayor seguridad jurídica a los particulares.

Ahora bien, ¿podría el Presidente de la República restringir cualquier garantía una vez declarado el estado de excepción? La respuesta es negativa ya que, producto de las limitaciones que impone el derecho de excepción, existe un catálogo de diecinueve garantías que no pueden restringirse en ningún momento y que, en el caso venezolano,

⁴⁷ Nos referimos a los artículos 19 al 25 de la ley conforme con los cuales el Presidente de la República podría (i) limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, así como asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción; (ii) hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la ley de presupuesto; (iii) ordenar la movilización de cualquier componente o de toda la Fuerza Armada Nacional; y (iv) requisar los bienes propiedad de particulares que deban ser utilizados para restablecer la normalidad.

⁴⁸ En adición a la LOEE, véase por ejemplo el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, la Ley de Registro y Alistamiento para la Defensa Integral de la Nación, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico.

⁴⁹ Ayala Corao, C. *La inseguridad jurídica...*, ob. cit., pp. 27-31.

hallaremos en la CRBV (artículos 27, 45, 232 y 337, ya citados en esta colaboración⁵⁰), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27) y la LOEE (artículo 7)⁵¹.

De este modo, al leer de forma concurrente los textos citados, encontraremos que las garantías referidas al amparo constitucional; debido proceso; derecho al nombre; derechos del niño; igualdad ante la ley; información; integridad personal, física, psíquica y moral; legalidad e irretroactividad de las leyes; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad personal; nacionalidad; no ser sometido a esclavitud o servidumbre; participación, sufragio y acceso a la función pública; personalidad jurídica; prohibición de prisión por obligación contractual; prohibición de desaparición forzada; protección de la familia; responsabilidad del Estado; y vida, no pueden ser restringidas bajo ningún concepto, siendo cualquier actuación del Ejecutivo Nacional en contra de las mismas adversa al derecho de excepción y, por lo tanto, contraria al Estado de Derecho cuyas instituciones y principios no pierden vigencia durante un estado de alarma, emergencia económica o conmoción.

5. *El control de la excepción*

Finalmente hemos de indicar que a pesar de que el Decreto que declara el estado de excepción entra en vigencia una vez dictado –difundiéndose por los medios de comunicación y publicándose en Gaceta Oficial en el “más breve plazo” (artículo 22 de la LOEE)–, dadas las implicaciones jurídicas, sociales, económicas y políticas que puede tener como acto con rango y fuerza de Ley que “suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto” (artículo 21 de la LOEE), aunque de acuerdo con el único aparte del artículo 339 de la CRBV esta declaratoria “no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público”, no es de extrañar que el Decreto se encuentre sujeto a controles externos –en el caso venezolano, ante el sistema universal de las Naciones Unidas y el sistema regional americano (OEA)⁵²– e internos, por medio de los cuales se busca evitar la tergiversación de esta institución jurídica.

Ese control interno dentro de nuestras fronteras es de carácter dual –como también ocurre en el caso colombiano, que sirvió de inspiración tal como se constató en el debate constituyente reseñado *ut supra*– ya que, de acuerdo con el artículo 339 de la CRBV, “[e]l Decreto que declare el estado de excepción (...) será presentado, dentro de los ocho días siguientes a su promulgación, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad”, lo que se desarrolla a plenitud en el título III de la LOEE (artículos 26 a 41).

⁵⁰ Nótese que la Exposición de Motivos de la CRBV indica sobre este último artículo que las garantías en él previsto son “un listado meramente enunciativo”, al existir otras en tratados internacionales que atan al Estado venezolano

⁵¹ Véase al respecto Sira Santana, Gabriel. “La restricción de garantías y el estado de excepción en la frontera colombo-venezolana”, *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 51-77.

⁵² Véase sobre este último Sira Santana, Gabriel. “La restricción de garantías según la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 17, Universidad Monteávila, Caracas, 2019.

No siendo esta la oportunidad para profundizar sobre los pormenores de estos controles que han dado lugar a más de una diatriba desde el año 2016 producto del cambio de fuerzas políticas en la Asamblea Nacional⁵³, a los efectos de esta colaboración bastará con hacer dos precisiones:

En tanto al *control político*, este consiste en la atribución del Parlamento como órgano deliberante y representativo de la soberanía nacional para estudiar las circunstancias invocadas por el Ejecutivo Nacional a fin de determinar si ellas justifican o no la adopción del régimen de excepción según los principios que rigen la institución. En caso que la respuesta sea positiva, el Decreto quedará aprobado y seguirá surtiendo sus efectos, mientras que si la respuesta es negativa tal rechazo operara como su derogatoria⁵⁴, no siendo siquiera necesario que tenga lugar el control jurídico en caso que este no haya ocurrido⁵⁵.

Y en tanto al *control jurídico*, este versa sobre la atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para revisar, incluso de oficio⁵⁶, los aspectos formales –por ejemplo, si el Decreto emanó del Presidente de la República en Consejo de Ministros– y materiales –como la veracidad y congruencia de los hechos invocados y el respeto de los principios que comentaremos de seguida, sin entrar en valoraciones de mérito y oportunidad que corresponderían al Poder Legislativo– del decreto de excepción con el objetivo de declarar su constitucionalidad, en cuyo caso seguirá vigente, o inconstitucionalidad y consecuente derogatoria.

IV. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN

A pesar de que, como vimos, ni la CRBV ni la LOEE establecen con total precisión cuándo puede declararse cada estado de excepción ni las medidas a adoptarse con base en ellos, tal situación no se traduce en que el Presidente de la República tenga absoluta libertad para *hacer y deshacer* el ordenamiento jurídico ordinario a su conveniencia. Lo anterior, debido a que el derecho de excepción se encuentra sujeto a una serie de principios –es decir, axiomas que admiten deducciones pero no contradicciones y condicionan al sistema jurídico– que son reconocidos en tratados internacionales suscritos y ratificados por la República, la CRBV y la LOEE.

⁵³ Véase al respecto Sira Santana, Gabriel. *El estado de excepción...*, *ob. cit.*, pp. 182-199.

⁵⁴ Al respecto la Exposición de Motivos de la CRBV expone que “la Asamblea Nacional (...) como instancia deliberante y representativa por excelencia de la soberanía popular, puede revocarlo si estima que las circunstancias invocadas no justifican la declaración de un estado de excepción o si considera que las medidas previstas para hacerle frente son excesivas”.

⁵⁵ Así lo determina la Exposición de Motivos de la CRBV y recoge el artículo 33 de la LOEE al disponer que “[l]a Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento, si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobaré el decreto de estado de excepción o denegare su prórroga, declarando extinguida la instancia”.

⁵⁶ Resulta interesante la alusión a este punto en la Exposición de Motivos de la CRBV, según la cual “la Sala Constitucional debe, en todos los casos y aun de oficio, controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren estado de excepción. Esta será la única competencia que podrá ejercer de oficio la Sala Constitucional y ello por tratarse de la protección de los derechos humanos, razón por la cual se ha previsto expresamente en el texto constitucional”.

Estos principios, que se desprenden de lo dicho hasta el momento y nos servirán también como conclusión en esta colaboración por resumir las ideales principales del régimen de excepción, son los siguientes⁵⁷.

1. Principio de necesidad

Sí, como dijimos, el derecho de excepción es una respuesta jurídica ante circunstancias que hacen imperativa la adopción de un ordenamiento paralelo que conceda un poder especial y temporal a la autoridad para atender un problema cierto y grave, queda claro entonces que para que se pueda acudir a esta institución lo primero que debemos valorar es si esta declaratoria es o no necesaria para atacar el problema en cuestión.

En este sentido, la importancia del principio de necesidad –llamado en ocasiones principio de amenaza excepcional– radica en que, como expone Despouy, va a definir la naturaleza del peligro al establecer los presupuestos de hecho que podrán dar pie a la declaratoria del estado de excepción y que, por ende, (i) ha de tratarse de un peligro actual o inminente de tal magnitud que las medidas o restricciones ordinarias sean ineficaces para atenderlo, y (ii) que afecte a la población de la totalidad o parte del territorio de un Estado⁵⁸. En el mismo orden de ideas, Zovatto explica que la necesidad de un estado de excepción radicarán en la existencia de una “crisis o peligro público (...) actual o inminente (...) de tal gravedad que las medidas (...) usualmente autorizadas para situaciones normales, no sean suficientes para conservar el orden público”⁵⁹.

Así, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la CRBV, el principio de estricta necesidad estaría recogido en el artículo 337 de la Carta Magna cuando indica que la declaratoria del estado de excepción solo procederá ante circunstancias de diversas naturalezas que afecten gravemente la seguridad del Estado, sus instituciones o ciudadanos, siempre que el derecho ordinario resulte insuficiente para enfrentarlas. Disposición que es reiterada en el único aparte del artículo 2 y el artículo 6 de la LOEE⁶⁰.

De igual modo resultan de interés el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹ (en lo sucesivo, PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶² (en lo sucesivo, CADH) al referirse el primero a “situaciones excepcionales que

⁵⁷ Para profundizar sobre este tema véase Sira Santana, G. *El estado de excepción...*, *ob. cit.*, pp. 87-101, y Sira Santana, G. *La restricción de garantías según...*, *ob. cit.*

⁵⁸ Despouy, Leandro. *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1999, pp. 34-38.

⁵⁹ Zovatto Garetto, Daniel. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas - San José, 1990, p. 93.

⁶⁰ El primero prevé que “[l]os estados de excepción solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos”, y el segundo que “[e]l decreto que declare los estados de excepción será dictado en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad”.

⁶¹ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI) del 16-12-1966 y suscrito por Venezuela el 24-06-1969 (con ratificación del 10-05-1978). En <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁶² Adoptada en San José de Costa Rica el 22-11-1969 y suscrita por Venezuela en esa misma fecha (ratificada el 23-06-1977). En https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

pongan en peligro la vida de la nación” y, la segunda, al “caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte” (numeral 1 del artículo 4 y numeral 1 del artículo 27, respectivamente).

En este sentido, tanto la declaratoria del estado de excepción como de las medidas que se tomen en virtud del mismo habrán de ser indispensables para restablecer la normalidad –o permitir que la situación sea controlada con medios ordinarios–, no siendo viable que el Presidente de la República dicte el decreto si no existe una amenaza o si, existiendo la misma, esta puede ser disminuida aplicando el ordenamiento ordinario.

2. *Principio de proporcionalidad y gradualidad*

Fundamental: que exista una situación extraordinaria que haga insuficiente al ordenamiento jurídico ordinario (principio de necesidad) no significa que el Presidente de la República pueda tomar cualquier medida para apalearla.

De este modo adquiere relevancia el principio de proporcionalidad y gradualidad –previsto por el Constituyente en el artículo 338 de la CRBV según la Exposición de Motivos⁶³, aunque como se vio dicho texto peque de ambiguo– conforme con el cual la circunstancia que se presente determinará el tipo de estado que se declarará, su duración, extensión territorial y las medidas a adoptar, tal como reitera el artículo 4 de la LOEE⁶⁴ en el ordenamiento jurídico interno y, a nivel de derecho convencional, el numeral 1 del artículo 4 del PIDCP –las disposiciones podrán adoptarse “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”– y el numeral 1 del artículo 27 de la CADH, que con una redacción similar circunscribe el actuar del Estado a “la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”.

Así, este principio hace referencia a la necesaria concordancia –de tiempo, extensión territorial y naturaleza– que debe existir entre la crisis que se enfrenta, por un lado, y las medidas que se adoptan, por el otro; pues “todo exceso en el empleo de los medios [de excepción] convierte en ilegítima ‘la defensa’ [del Estado], la que se transforma así en agresión [contra su población]”⁶⁵.

Por lo que respecta a la gradualidad, íntimamente relacionada con la proporcionalidad, Casal precisa que ella implica “que han de preverse distintos estados de excepción, según la gravedad de los acontecimientos que deban ser conjuradas”, y supone “que los poderes extraordinarios han de ejercerse escalonadamente, reservando para las situaciones más extremas los medios más represivos y violentos”⁶⁶.

De este modo, cualquier correctivo o restricción que se establezca producto de la declaratoria de un estado de excepción debe encontrarse en íntima correspondencia con el supuesto que originó tal declaratoria y no podrá configurarse como una respuesta excesiva o injustificada en cuanto a su contenido y alcance, debiendo considerarse en

⁶³ De acuerdo con este texto, “[e] segundo de los preceptos que componen este Capítulo [artículo 338] contempla los distintos estados de excepción, estableciendo, de conformidad con el principio de gradualidad, las circunstancias fácticas que pueden justificarlos y su limitación temporal”.

⁶⁴ Indica la ley que “[t]oda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación”.

⁶⁵ Despouy, L. *Los derechos humanos...*, ob. cit., p. 38.

⁶⁶ Casal H., J. M., *Los derechos humanos...*, ob. cit., p. 175.

todo momento las circunstancias particulares del caso (ámbito geográfico, implicaciones económicas y sociales, entre otras) y generar el mínimo sacrificio posible en cabeza de los particulares. En otras palabras: que el correctivo habrá de ser idóneo para solventar el problema y no agravarlo o *dejarlo* en un estado similar.

3. Principio de temporalidad

En clara relación con el principio de proporcionalidad comentado *ut supra* hallamos el de temporalidad, respecto al cual la doctrina internacional ha dicho que “[l]a enunciación de este principio, implícito en la naturaleza misma del estado de excepción, apunta fundamentalmente a señalar su necesaria limitación en el tiempo y evitar así la indebida prolongación del mismo”⁶⁷, pues “[u]n estado de emergencia prolongado indefinidamente, se presta a que se cometan violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos”⁶⁸. Criterio que se reitera dentro de nuestras fronteras como se desprende –por ejemplo– de la obra de Ayala Corao al afirmar que “[l]a naturaleza ‘temporal’ de estas medidas es connatural con su excepcionalidad, pues de lo contrario estaríamos frente a una dictadura inconstitucional”⁶⁹.

Este principio es, quizás, el que mejor fue valorado por el Constituyente al prever no solo que las garantías podrían ser restringidas temporalmente (artículo 337), sino que según el tipo de estado de excepción que se tratase –alarma, emergencia económica o conmoción interior o exterior– sería su duración máxima, pudiendo prorrogarse los mismos hasta por un periodo de igual duración (artículo 338). Así se reconoció también en la Exposición de Motivos de la CRBV –indica que se recogió a la temporalidad como uno de los principios básicos rectores de los estados de excepción a diferencia de la Constitución de 1961 que, si recordamos, nada preveía al respecto y dio lugar a que las garantías económicas estuviesen suspendidas por décadas– y el artículo 5 de la LOEE⁷⁰, en adición a la CADH –cuando estipula que las medidas serán solo “por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”– y el PIDCP, que si bien no hace mención expresa a la temporalidad, ello se derivaría de la regulación de estas circunstancias como algo de naturaleza excepcional que, como es lógico pensar, se contraponen a un régimen perpetuo.

En este sentido, si a través de la declaratoria de un estado de excepción y consiguiente restricción de garantías u otras medidas que se adopten se pretende es dotar al Ejecutivo Nacional de los medios necesarios para enfrentar una crisis –y restablecer así la normalidad en el menor tiempo posible– sería ilógico comulgar con la posibilidad de que esta excepción se mantuviese *ad infinitum* pues, sin lugar a dudas, ello equivaldría a validar la incapacidad manifiesta –real o ficticia– de quienes ejercen el Poder para aplacar las “circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico” lesivas, aun cuando cuentan con mecanismos excepcionales para ello, vulnerando así principios básicos del Estado de Derecho como lo son la libertad individual y la responsabilidad de quienes ejercen el Poder Público.

⁶⁷ Despouy, L. *Los derechos humanos...*, *ob. cit.*, p. 32.

⁶⁸ Zovatto G., D. *Los estados de excepción...*, *ob. cit.*, p. 132.

⁶⁹ Ayala Corao, C. *La inseguridad jurídica...*, *ob. cit.*, p. 27.

⁷⁰ El artículo reza que “[t]oda medida de excepción debe tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia”.

¿Qué ocurre si este tiempo se agota y persiste la situación extraordinaria? Compar-
tamos la posición de Nikken quien expresa que “[s]i las medidas (...) fueran insuficien-
tes –como ocurre cuando se vence el lapso del estado de excepción, sin que se haya po-
dido poner fin a las circunstancias que lo justifican–, la Asamblea Nacional no solo
puede, sino que debe legislar. Esto, pues el funcionamiento de los poderes públicos no
se ve interrumpido con motivo de la declaratoria del estado de excepción”. En otras
palabras de la misma autora: “a sabiendas de que las circunstancias excepcionales que
dieron fundamento al estado de excepción no van [a] poder ser controladas ni van a
desaparecer con base en su declaratoria, la Asamblea Nacional debe dictar una legisla-
ción especial que, atendiendo a la garantía de la reserva legal, en particular con relación
a los derechos humanos intangibles, sirva a los demás órganos del poder público para
enfrentar las circunstancias en cuestión”⁷¹.

Finalmente, hemos de destacar que la temporalidad de los estados de excepción no
se limita a una cuestión de forma –es decir, que sea derogado el decreto o este pierda
vigencia por el paso del tiempo– sino de fondo; por lo que una vez cesen sus efectos el
Ejecutivo Nacional habrá de asegurarse de levantar aquellas restricciones o limitaciones
que hubiese impuesto, si bien el artículo 5 de la LOEE señala que “[e]l Presidente de la
República, en Consejo de Ministros, podrá ratificar las medidas que no impliquen la
restricción de una garantía o de un derecho constitucional”⁷².

4. *Otros principios*

En adición a los principios hasta ahora tratados existen otros cuatro que, aunque no
se encuentran previstos de modo expreso en la CRBV, rigen a los estados de excepción
de acuerdo con el PIDCP y la CADH que, tal como asevera el artículo 339 del texto
constitucional, deben ser cumplidos.

Así, en *primer lugar* tenemos principio de proclamación que exige que el estado de
excepción sea oficialmente proclamado a fin de evitar la instauración de un derecho de
excepción *de facto* (numeral 1 del artículo 4 del PIDCP). Es decir, que la declaratoria
ha de constar en un medio de publicación oficial para, como indica Zovatto, poder de-
terminar cuáles son los hechos que constituyen la situación excepcional y todo lo que de
ello deriva –proporcionalidad de las medidas, duración, entre otros– y alertar a la po-
blación sobre la existencia de la emergencia y sus efectos⁷³.

Esta exigencia es reiterada en el artículo 22 de la LOEE según el cual –como vi-
mos– el decreto “deberá ser publicado en la Gaceta Oficial de la República (...) y di-
fundido en el más breve plazo por todos los medios de comunicación social, si fuere
posible”, a pesar de que el mismo artículo precisa que el estado de excepción entrará en
vigencia una vez sea dictado.

En *segundo lugar* hallamos el principio de notificación conforme con el cual, de-
clarado el estado de excepción, el Estado habrá de notificar al Secretario General de la
ONU y de la OEA de tal declaratoria –con mención expresa de las razones de hecho y

⁷¹ Nikken, Claudia. *Vida, libertad y COVID-19: ¿un dilema constitucional?*, en <https://www.aveda.org.ve/wp-content/uploads/2020/06/covid-cn2.pdf>

⁷² Véanse nuestros comentarios al respecto en G. Sira Santana: *El estado de excepción...*, *ob. cit.*, pp. 95-96.

⁷³ Zovatto G., D. *Los estados de excepción...*, *ob. cit.*, p. 89.

medidas adoptadas–, quienes comunicarán la situación al resto de los Estados Partes, debiendo reiterarse la notificación una vez cese la emergencia (numeral 3 del artículo 4 del PIDCP y numeral 3 del artículo 27 de la CADH).

En este sentido, la notificación tendrá por objeto hacer del conocimiento de la comunidad internacional la existencia de un estado de excepción en un determinado Estado, a fin de que esta no solo pueda atestiguar si se están cumpliendo con las pautas que prevé el derecho internacional, sino alertar a sus nacionales –tanto en el país en emergencia como en el resto del mundo– de esta situación, con el objeto de que tomen las medidas conducentes a su salvaguarda⁷⁴.

En *tercer lugar* encontramos el principio de igualdad y no discriminación, en relación con el cual tanto el PIDCP como la CADH precisan que las medidas que se adopten no pueden entrañar discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social; observando autores como O’Donell que estos criterios son a título meramente enunciativo, pues “existe una presunción contra la licitud de toda forma de discriminación y sería sumamente difícil demostrar que no existen alternativas al empleo de medidas discriminatorias, o que las únicas alternativas comportarían consecuencias aún más graves para el goce de los derechos humanos”⁷⁵.

Sobre este punto ha de advertirse que el numeral 1 del artículo 4 del PIDCP –al contrario del numeral 1 del artículo 27 de la CADH– menciona que las medidas no podrán estar basadas “únicamente” en motivos discriminatorios, lo que podría dar lugar a debates.

A los efectos de estas líneas bastará con mencionar que el tema ha sido abordado por autores como Questiaux quien señala que ese *únicamente* se refiere es a aquellos casos que “las medidas estrictamente requeridas para la situación involucran acciones dirigidas contra –o que afecten especialmente– a grupos pertenecientes, por ejemplo, a una raza o religión en particular”⁷⁶.

Así, en casos como los comentados, los correctivos adoptados no se basarían *únicamente* en estos motivos, sino, más bien, en las acciones llevadas a cabo por estos individuos, por lo que serían conforme al derecho de excepción y no se consagrarían como violaciones al principio de igualdad que, en criterio de autores como Sosa, “no tiene otra significación sino la que, ante una misma situación todos han de tener idénticos derechos e idénticas obligaciones”, teniendo en cuenta que “el principio de la igualdad

⁷⁴ Nótese que este tema es tratado en la Observación General N° 29 del 31-08-2001 del Comité de Derechos Humanos de la ONU en la que, entre otros, se indica que la “notificación es esencial no solamente para que el Comité pueda desempeñar sus funciones, especialmente la de evaluar si las medidas tomadas por el Estado Parte eran las estrictamente requeridas por las exigencias de la situación, sino también para permitir que los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto”.

⁷⁵ O’Donell, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 1022.

⁷⁶ Questiaux, Nicole. Question of the human rights of persons subjected to any form of detention or imprisonment. Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency, 1982, p. 18. Documento del Comité Económico y Social de las Naciones Unidas identificado bajo el N° ONU E/CN.4/Sub.2/1982/15. Traducción nuestra.

(...) no es absoluto” pues se trata “de una igualdad relativa, limitada a los ciudadanos que se hallan en idénticas condiciones especiales tenidas en cuenta por la misma ley”⁷⁷.

Y, en *cuarto lugar*, ya para finalizar con nuestra colaboración, constatamos el principio de compatibilidad con las obligaciones del derecho internacional según el cual, si bien al declararse un estado de excepción pueden restringirse determinadas garantías, como vimos, estas medidas no pueden ser incompatibles con otras obligaciones que impone el derecho internacional a los Estados (nuevamente, el numeral 1 del artículo 4 del PIDCP y el numeral 1 del artículo 27 de la CADH).

En aplicación de este principio, por ejemplo, si el PIDCP permite la restricción de una garantía que la CADH proscribiera, no podría un Estado que sea parte de ambos (como Venezuela) adoptar esa medida con base en el Pacto⁷⁸, e igual ocurriría en sentido contrario. Asimismo, es importante destacar que la mención al derecho internacional en ambos instrumentos ha sido concebida en referencia tanto a los tratados y convenios internacionales que pueda llegar a suscribir un Estado, como en relación con el derecho internacional general y humanitario⁷⁹, motivo por el cual instrumentos como los convenios de Ginebra y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no podrían verse afectados por las declaratorias de excepción.

Llegado el momento de dar por concluido este repaso del derecho de excepción en la Constitución de 1999, hemos podido apreciar que nos encontramos frente a una institución jurídica que ha tenido un rico desarrollo a lo largo de nuestra historia constitucional –algunas veces, con mejores resultados que otros– al reconocerse que si bien en ocasiones el derecho ordinario podría ser *superado* por alguna circunstancia excepcional, la gravedad de esta última tampoco habría de ser empleada como un título habilitante para desconocer los fundamentos jurídicos del Estado ni los derechos y garantías de quienes hacen vida en el mismo.

Esta preocupación fue exteriorizada en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente cuando se discutió el régimen de los estados de excepción y algunos de los presentes abogaron por la necesidad de que las disposiciones comentadas fuesen más precisas, haciendo a un lado los términos vagos y ambiguos que podrían prestarse a arbitrariedades en el entendido que, si ante situaciones ordinarias los detentadores del Poder

⁷⁷ Sosa Gómez, Cecilia. “El principio de igualdad y la Administración como reguladora de la economía”, *Revista de Derecho Público*, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 37-52. Para la autora, “[l]a idea de la igualdad debe dirigir todo el régimen jurídico” -lo que incluiría al régimen jurídico de excepción, dado el principio analizado- ya que, “[e]n definitiva, la armonía con la base política fundamental de nuestra sociedad, es la igualdad de los individuos entre ellos, es decir, la armonía de la democracia política se sustenta en: cada ciudadano tiene, en abstracto, las mismas posibilidades”, sea que “[l]a desigualdad jurídica se presenta cuando se confiere a ciertas categorías de personas derechos mayores que a otras. Y el estatuto que rige para esas personas privilegiadas no solamente es diferente del estatuto normal, sino más favorable”.

⁷⁸ Este planteamiento se encuentra reforzado, a su vez, por el numeral 2 del artículo 5 del Pacto según el cual, “[n]o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁷⁹ Véase la Observación General N° 29, ya citada, y O’Donell, D. *Derecho internacional...*, *ob. cit.*, pp. 985-986.

Público suelen estar tentados a abusar del poder que les concede el ordenamiento jurídico, dicho riesgo aumentaba considerablemente en situaciones extraordinarias al dotárseles de poderes también extraordinarios⁸⁰.

Algunas de estas observaciones prosperaron y fueron insertadas en lo que hoy conocemos como la CRBV, mientras otras tantas fueron desechadas, siendo necesario acudir entonces a los principios del derecho de excepción que, como todo principio, condicionarían a esta institución y no admitirían contradicciones.

En todo caso, somos de la opinión que el derecho de excepción en la CRBV, si bien podría contar con un mejor tratamiento, es cónsono con los principios de necesidad, proporcionalidad, gradualidad y temporalidad (de modo expreso) y de proclamación, notificación, igualdad y compatibilidad con las obligaciones internacionales (de modo tácito, al remitir a las previsiones del PIDCP y la CADH), por lo que ofrecería suficientes garantías al particular y limitaciones al poder para asegurar la vigencia del Estado Derecho frente a una emergencia que haga imperativo acudir a este ordenamiento paralelo.

Lamentablemente, basta ver la historia reciente en nuestro país para comprobar cómo estos principios y disposiciones han sido ignoradas por quienes dicen detentar el Poder Público, convirtiendo la excepción en la nueva normalidad y la finalidad de la *vuelta ordenada al orden constitucional* en pocos menos que una falacia para alcanzar sus objetivos personalistas en detrimento de la sociedad venezolana.

Razón tenía Delgado al afirmar, como dijimos al inicio de estas líneas, que “[n]inguna persona sensata puede pensar que una Constitución que es violada antes de que entre en vigencia será respetada después”⁸¹.

⁸⁰ Recuérdese al respecto la célebre frase acuñada por Lord Acton en el siglo XIX en su carta al obispo Mandell Creighton: “El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente” (traducción nuestra).

⁸¹ Delgado, F. *Chavismo y Derecho*, ob. cit., p. 21.

19. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Juan Carlos HERNÁNDEZ PEÑA*

Resumen: El principio de precaución es uno de los aportes recientes del Derecho europeo, dirigido a dar repuesta jurídica a situaciones de incertidumbre científica que supongan un riesgo para la salud o el medio ambiente. Este capítulo traza su origen y recepción tanto en el plano internacional como a nivel de Derecho comunitario, para posteriormente abordar su sentido y significado. Se hace referencia a la aplicación del principio en sede administrativa, incluyendo la reflexión sobre la necesidad de adoptar una decisión en situaciones de riesgo, los presupuestos y metodología que han de concretarla, sus efectos y límites. Finalmente se aborda el alcance de la revisión judicial, centrándose en aspectos discrecionales, y su relación con otros principios, especialmente el de proporcionalidad.

Palabras claves: Precaución, riesgos, medio ambiente, salud, proporcionalidad.

Abstract: The precautionary principle is one of the recent contributions of the European law aimed at providing a legal response to situations of scientific uncertainty that pose a risk to health or environment. This chapter traces its origin and reception both at international and European Community level, and then addresses its meaning and significance. Reference is made to the application of the principle in administrative situations, including reflection on the need to take a decision in situations of risk, the premises and methodology to be used, effects and limits. Finally, the scope of judicial review is addressed, focusing on discretionary powers, and its relationship with other principles, especially the principle of proportionality.

Key words: Precaution, risks, environment, health, proportionality.

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de las Comunidades Europeas (art. 174.2) exige que la política ambiental se base en “los principios de cautela y acción preventiva”. Este principio, postulado casi universal de la política y el Derecho ambiental, debemos entenderlo en el contexto de la sociedad post-industrial moderna. La nueva sociedad ha sido caracterizada como la “sociedad del riesgo”¹, en la que nos encontramos sometidos a un marco *–cada vez más complejo–* de incertidumbres y de peligros para la salud y el entorno medioambiental.

En este contexto, es evidente que muchos de los riesgos que afectan a la sociedad son perfectamente cuantificables y cualificables, pues existe certidumbre respecto a su

* Profesor de Derecho administrativo, Universidad de Navarra. Pamplona, España. Abogado (Venezuela) y Licenciado en Derecho (España). Máster en Estudios Jurídicos (Universidad de Navarra). Certificado Docente Doctorado en Derecho administrativo. Correo electrónico: jchernandez@unav.es

¹ Sobre esto es canónico el trabajo de Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 75 y ss.

origen o efectos². En estos casos la respuesta puede ser agresiva poniendo instalaciones en cuarentena, prohibiendo comercialización de productos o incluso destruyéndolos, por señalar sólo algunos ejemplos.

Ahora bien, además de estos casos cuyo origen y efectos no deja lugar a dudas, encontramos en esta sociedad del riesgo global otros supuestos en los que la incertidumbre es la nota dominante: no sabemos con certeza cuáles son sus efectos para el medio ambiente o la salud humana, y más aún, no tenemos claro cuáles son los riesgos que encierran. Ejemplos de este tipo de riesgos pueden ser de carácter ambiental, como ocurrió durante los primeros lustros de lucha contra el cambio climático cuando los informes del Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) avanzaba la posible relación entre la actividad humana y el incremento de la temperatura global, pero no era concluyente en sus conclusiones. También puede tratarse de riesgos tecnológicos, como las ondas electromagnéticas generadas por corrientes eléctricas³, cuyos efectos se discuten, o los avances relacionadas con la aplicación de la nanotecnología. Y evidentemente, pueden ser producto de agentes de carácter biológico como es el caso de algunos virus y enfermedades, especialmente durante los primeros años de su aparición cuando aún se desconocen su funcionamiento y tratamiento. Tal fue el caso de la pandemia causada por el virus N1H1 causante de la gripe A durante 2009 y 2010; el brote de SARS-CoV causante del síndrome respiratorio agudo grave de 2003; el MERS-CoV de 2012, asociado al síndrome Respiratorio de Oriente Medio, o al momento de escribir estas líneas, lo es el SARS-CoV2 (síndrome respiratorio agudo grave 2), y la grave pandemia que ha desencadenado el Covid-19, posiblemente la crisis sanitaria global más grave de los últimos cien años.

En todas estas situaciones hay indicios de una amenaza para la salud o el medio ambiente, ambos objetivos de la política comunitaria de medio ambiente. Sin embargo, debido a que dichos riesgos y efectos no están probados científicamente, plantea el interrogante de: (i) actuar adoptando medidas antes de que el posible daño se manifieste y sea demasiado grave o irreversible; o, (ii) esperar a que los primeros efectos se presenten –realizando una labor de vigilancia muy cercana–, para posteriormente adoptar una decisión una vez constatados científicamente los posibles efectos perjudiciales.

Evidentemente la respuesta a esta cuestión sólo puede encontrarse partiendo del análisis particular de cada caso. Así, no es extraño encontrar supuestos en los que se exige la respuesta inmediata de las autoridades administrativas, como es el caso de los virus causantes de las enfermedades respiratorias señaladas. Pero, también encontramos otros supuestos en los que existe la posibilidad de que los riesgos que se produzcan sean

² Algunos ejemplos significativos de estos peligros que han acontecido en las dos últimas décadas y que hoy pueden ser objeto de valoración y cuantificación científica, son la detección de focos de contaminación por dioxinas -piensos, pollos y huevos- que han afectado a algunos países europeos (e.g. Bélgica, Alemania y Holanda), ante los cuales los Estados pusieron en cuarentena cientos de granjas, además de prohibir la comercialización de productos. En 2008, otro caso relevante fue la contaminación por melamina de leche infantil, caramelos, chocolates y galletas provenientes de China, que llevó a prohibir la importación y comercialización de estos productos en la UE. También pueden incluirse aquí, aunque se hayan vivido con una incidencia de varios años, el “caso de las vacas locas”, que se cobró varias muertes en la Unión Europea.

³ Sobre esto véase Embid Tello, A. E., *Precaución y Derecho: el caso de los campos electromagnéticos*, Iustel, Madrid, 2010.

muy graves, pero los posibles beneficios también sean enormes, tanto desde el punto de vista económico como social. Tal es el caso, de los organismos modificados genéticamente (OMG), que pueden generar riesgos para la salud humana o el medio ambiente, pero también podría constituir un instrumento para solucionar algunos de los problemas que plantea la explosión demográfica y la presión mundial sobre los recursos renovables.

Ante este tipo de incertidumbres y crisis, una de las respuestas e instrumentos efectivos que ha brindado el Derecho europeo, es el principio de precaución, que abordaremos a lo largo de este trabajo.

II. ORIGEN Y RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Aunque el origen del principio de precaución puede ser objeto de cierta controversia⁴, la mayoría de la doctrina lo sitúa en el Derecho alemán. De manera concreta, las primeras referencias suelen rastrear hasta la propuesta de ley de lucha contra las emisiones atmosféricas de Alemania occidental.

Algunos autores vinculan la concepción y desarrollo del principio a la tradición legalista alemana, que se profundizó a partir de la segunda guerra mundial. La necesidad de legislar con mayor detalle y reducir el alcance de la discrecionalidad, se afianzó como respuesta y medio para conjurar la utilización torticera del legalismo que hiciera el régimen nacionalsocialista. A esto se suma que, dado el avanzado modelo territorial alemán, el Gobierno federal tiene incentivos para regular en detalle a efectos de mantener un cierto nivel de control sobre la aplicación práctica de las políticas de Gobierno que realizan los *Länder*⁵.

En cualquier caso, las primeras manifestaciones del principio se recogen en los programas medioambientales de inicios de los años 70⁶. Posteriormente, pasaría a influir la normativa de control de emisiones del aire de los años 80, así como la discusión respecto a la respuesta a los problemas ambientales del Mar del Norte afectados por vertidos de contaminantes orgánicos persistentes, así como la importante y acelerada deforestación de bosques. De ahí que se concluyera, de acuerdo con Von Moltke, que las medidas preventivas adoptadas en los años 70 no fueran suficientes, siendo imprescindible adoptar actuaciones protectoras aún más severas, que requerían una adecuada justificación política y legal⁷.

⁴ Algunos estudios establecen como primigenia aplicación del principio la decisión del Dr. John Snow, precursor de la epidemiología, al recomendar el cierre de la bomba de agua de Broad Street en Londres para contener el contagio de cólera en 1854. Así, entre otros, European Environment Agency, *Late lessons from early warnings: The precautionary principle 1896-2000*, p. 14.

⁵ Así, Von Moltke K., "The Vorsorgeprinzip in West German environmental policy", en *Royal Commission on Environmental Pollution, Twelfth report: Best practicable environmental option*, H.M. Stationery Office, Londres, 1988, pp. 60-61.

⁶ Dirk, Hanschel, "Progress and the Precautionary Principle in Administrative Law – Country Report on Germany", en Riedel, E. y Wolfrum, R., *Recent Trends in German and European Constitutional Law. German Reports Presented to the XVIIth International Congress on Comparative Law*, Springer-Verlag, Berlín, 2006, p. 180-181.

⁷ Von Moltke, K., *Ob. cit.*, p. 60.

Esto allanó el camino para el desarrollo del principio de precaución que sería acogido con entusiasmo por el Derecho internacional medioambiental, así como por el Derecho de la entonces Comunidad Europea.

1. *Recepción del principio en el Derecho internacional*

En el plano internacional el proceso de recepción se hizo patente, desde mediados de los ochenta, a través de diversos instrumentos⁸. En este sentido, y recogiendo algunas de las ideas ya señaladas, las Declaraciones Ministeriales de las Conferencias sobre el Mar del Norte, establecieron de manera expresa la necesidad de acoger un enfoque de precaución para proteger este espacio natural. Por otra parte, el Protocolo de Montreal sobre sustancias agotadoras de la capa de ozono de 1987, a la sazón uno de los acuerdos internacionales medioambientales que generó mayor movilización global, explícitamente se sustentó también en el principio de precaución. Mismo ejemplo, siguieron también algunos acuerdos regionales, como es el caso de la Convención de Bamako aprobada por la Unión Africana⁹.

No obstante, en esta arena el instrumento que representa un hito para su aceptación y posterior diseminación a nivel internacional es la “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, fruto de la primera Cumbre de la Tierra de 1992. Este instrumento estableció en su principio 15, que “con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Cómo luego veremos, la letra de este principio recoge en buena medida los elementos que caracterizan el principio de precaución y los fundamentos de su aplicación.

La Declaración de Río –pese a su carácter de instrumento de *soft law*– supuso la carta de reconocimiento del principio, y una suerte de impulso para su incorporación en diversos acuerdos e instrumentos internacionales. Sin ánimo de exhaustividad¹⁰, y por señalar sólo un par de ejemplos especialmente relevantes, sería recogido de manera indirecta por el Convenio sobre biodiversidad biológica de 1992¹¹, y ya con explícita referencia al enfoque de precaución y al principio 15 de la Declaración de Río, el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología¹².

⁸ Sands, P. y Peel, J., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 218 y ss.

⁹ La Convención de Bamako, cabe recordar, complementa a nivel regional, la Convención de Basilea de sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. La adopción de un enfoque basado en el principio de precaución se recoge expresamente en su artículo 4.3.f.

¹⁰ Un inventario del impacto del principio en instrumentos internacionales, hasta inicios del nuevo milenio, puede verse en el Apéndice B de la obra de PEEL, J., *The Precautionary Principle in Practice: Environmental Decision-making and Scientific Uncertainty*, The Federation Press, Sidney, 2005.

¹¹ Cabe notar en este sentido la letra del preámbulo de la convención que hace alusión a que “cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza”.

¹² Véase el preámbulo de este instrumento, así como su artículo primero.

También lo es, reflejo además de la importancia actual del principio en cuanto a los grandes retos de la humanidad, el artículo 3.3 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Esta norma exhorta a los Estados parte a “tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos”, y haciéndose eco del principio 15 recuerda que en caso de “amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas”.

Por otra parte, la doctrina ha identificado la influencia del principio en el comercio internacional¹³. En este sentido, en el marco de la OMC el despliegue de los efectos del principio se ha desarrollado –no sin controversia– en aplicación del Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias (SPS). El SPS recoge indirectamente el sentido del principio de precaución en su artículo 5.7 al prescribir que, incluso en supuestos de incertidumbre científica, los Estados están autorizados para adoptar medidas dirigidas a proteger el medio ambiente o la salud de los ciudadanos. En consonancia con esto, las decisiones del órgano de apelación del organismo han establecido meridianamente que los Estados tienen derecho a establecer el nivel de protección para la salud y el medio ambiente que consideren adecuado, y se han encargado de determinar los requisitos para adoptar medidas basadas en el principio.

Esta vis expansiva, dio paso a su reconocimiento a nivel nacional, proponiéndose su aplicación en ámbitos tan distantes del contexto inicial como es el terrorismo¹⁴ o bio-terrorismo¹⁵. Esto abonó el terreno para el debate que se tiñó de un tinte controversial, pese a su imparable expansión y recepción, especialmente por impulso del Derecho comunitario.

2. *Recepción y aplicación del principio de precaución en el Derecho comunitario europeo*

Luego de su desarrollo en el Derecho alemán y paralelo al impulso del principio en el marco de acuerdos internacionales, la entonces Comunidad Europea la incorporó en su Derecho originario y promovió su incorporación en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

De acuerdo con la doctrina, la difusión del principio de precaución obedeció en parte a la presión alemana que promovía la adopción de estándares medioambientales elevados con miras a evitar que la competitividad de su industria se viera comprometida, y a evitar retrocesos en la protección del medio ambiente¹⁶.

¹³ Sobre este aspecto véase Alemanno, A., *Trade in food: Regulatory and judicial approaches in the EC and the WTO*, Cameron May, Londres, 2007.

¹⁴ Al respecto véase, Stern, J. Y Wiener, J. B., “Precaution Against Terrorism”, en *Journal of Risk Research*, Núm. 9:4, 2006, pp. 393-447; Borgers, M., y van Sliedregt, E. “The meaning of the precautionary principle for the assessment of criminal measures in the fight against terrorism” en *Erasmus Law Review*, Núm. 2:2, 2009, pp. 171-196.

¹⁵ Sobre esto, véase Sunstein, C. R., *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 204 y ss.

¹⁶ Jordan, A. y O’Riordan, T., “The precautionary principle: a legal and policy history”, en Martuzzi, M. y Tickner, J. A., *The precautionary principle: Protecting public health, the environment and the future of our children*, WHO, Copenhagen, 2004, p. 34.

La carta de naturaleza del principio en el Derecho comunitario se otorgó a través del Tratado de Maastricht, que lo incorpora a la par de otros como el de acción preventiva, corrección en la fuente o quien contamina paga. Esta reforma del entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), recogió dos cuestiones de importancia. Por una parte, el entonces artículo 174.2 del TCE, estableció cómo objetivo de la política en materia medioambiental la consecución de un elevado estándar de protección, basado en los principios de precaución y de acción preventiva, elevando el principio al más alto rango jurídico al incorporarlo en un instrumento de Derecho originario vinculante para todos los miembros de la Unión Europea.

En segundo término, el apartado primero del mismo artículo vinculó medio ambiente y protección de la salud. Así, se adelantó a la futura consideración del derecho al medio ambiente como una suerte de precondición para el ejercicio de otros derechos fundamentales, abriendo además la puerta para la aplicación del principio en casos vinculados con crisis sanitarias y alimentarias¹⁷, donde el principio ha demostrado toda su fuerza justificando la adopción de medidas extraordinarias.

Allanado el camino, el principio se ha mantenido en las posteriores reformas del Derecho originario con una formulación similar a la señalada, siendo recogido actualmente en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. También se ha incorporado a nivel nacional entre los miembros del club comunitario a través de diversas fórmulas, a pesar de que resulta de directa aplicación si se afectan ámbitos de competencia comunitaria o compartida, amén de su permeación basada en el efecto útil del Derecho comunitario o en la transposición de directivas que explícitamente lo recogen.

Así, Francia incorporó el principio a través de su reforma constitucional de 2005 en la que elevó a rango constitucional la Carta del Medio Ambiente¹⁸. En el caso de Alemania, precursora del principio, su aplicación se extiende a diversas leyes que datan incluso de los años 70¹⁹, si bien se entiende que el principio emana del artículo 20a de la Ley Fundamental de Bonn²⁰. En otros, su explícita incorporación se debe a la aprobación de normativa, especialmente, medioambiental, a la par del refuerzo de decisiones judiciales, como es el caso de Suecia.²¹ En España, no se ha incorporado explícitamente a nivel constitucional, pero se incluye en la normativa ambiental y de protección de la salud, nacional y autonómica²².

¹⁷ Al respecto véase Rodríguez Font, Mariola, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria: de la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, 2007, pp. 79 y ss.

¹⁸ Al respecto, véase entre otros, Marrani, David, “Reinforcing environmental rights: The French Charter for the Environment”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 25, 2015, pp. 383 y ss.

¹⁹ Así lo sostiene Boehmer-Christiansen, S., “The Precautionary Principle in Germany - enabling Government”, en O’Riordan, T. Y Cameron, J. (ed.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan, Londres, 2004, p. 45 y ss., aunque encuentra reminiscencias en normas que datan de fechas anteriores.

²⁰ Así, Zartner, D., *Courts, Codes, and Custom: Legal Tradition and State Policy toward International Human Rights and Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 103.

²¹ Véase Zander, J. *The Application of the Precautionary Principle in Practice: Comparative Dimensions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 157 y ss.

²² Así, por ejemplo, la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública de la Comunidad Autónoma de Cataluña (art. 2.j, 55.1.f y 63.2).

Esta carencia de recepción constitucional, por otra parte, tampoco ha impedido que los tribunales lo apliquen, cómo ha sido el caso de alguna jurisprudencia dictada en el marco de la crisis sanitaria del Covid-19²³.

A esto expansión a nivel comunitario contribuyó también, tanto la jurisprudencia comunitaria, aspecto al que haremos mención más adelante, como instrumentos de *soft law* aprobados por la Comisión Europea, dirigidos a guiar las decisiones en entornos de incertidumbre, así como esclarecer su significado. En este sentido, por señalar sólo algunos instrumentos, podemos destacar la Comunicación de la Comisión sobre la salud del consumidor y la seguridad alimentaria (COM (97) 183 final), de 30 de abril de 1997 y, más relevante aún, la comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución (COM (2000) 1 final) de 2 de febrero de 2000, que recoge la postura de la administración europea sobre la aplicación del principio en términos más generales, y pretende reconducirlo para evitar que su utilización subrepticia represente una nueva fórmula de proteccionismo que afecte el funcionamiento del mercado único.

A nivel extracomunitario, la recepción del principio también ha respondido a diversos instrumentos. Por señalar sólo un par de ejemplos, el principio es recogido –aunque no explícitamente– en el artículo 396²⁴ de la Constitución ecuatoriana de 2008, mientras que en el caso de Costa Rica, la jurisprudencia constitucional lo ha derivado y vinculado al derecho a un medio ambiente sano²⁵. En Colombia, el principio se recogió a través de la Ley 99 de 1993²⁶, aunque ha sido objeto de interpretación judicial que ha depurado sus contornos²⁷. Finalmente, en el caso de Venezuela, aunque el texto constitucional no recoge el principio directamente en los artículos dedicadas a los derechos ambientales, el artículo 4.3 de la Ley Orgánica del Ambiente²⁸ (G.O. Núm. 5833 Extraordinario) lo hace siguiendo una definición similar a la adoptada en la Declaración de Río.

III. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Aunque el principio de precaución se ha venido recogiendo, explícita o implícitamente, en distintos instrumentos internacional y nacionales, su alcance y significado es objeto de cierta confusión y controversia respecto a otros principios. De ahí que, antes de entrar a abordar el significado específico del principio, dediquemos algunas líneas a explicitar sus diferencias con el principio de prevención.

²³ Véase en este sentido el Auto 000084/2020 de ratificación de medidas sanitarias urgentes del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2020.

²⁴ La recepción en este texto constitucional se asemeja a las propuestas comunitarias. La letra de la norma señala: “El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas”.

²⁵ Al respecto, véase Boyd, D. *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, UBC Press, Vancouver, 2012, p. 136.

²⁶ Diario Oficial N° 41.146 de 22 de diciembre de 1993.

²⁷ Esto a partir de las Sentencias N° C-073/95 y, especialmente, de la C-293/02, de la Corte Constitucional. Es también relevante la más reciente sentencia 2014-00218, del Consejo de Estado, de 25 de enero de 2019.

²⁸ Señala la norma: “La falta de certeza científica no podrá alegarse como razón suficiente para no adoptar medidas preventivas y eficaces en las actividades que pudiesen impactar negativamente el ambiente”.

1. *Principio de prevención y principio de precaución. Dos conceptos similares pero diferenciados*

El principio de prevención forma parte del Derecho consuetudinario internacional del medio ambiente. Su origen y desarrollo puede rastrearse hasta pronunciamientos primigenios del actual Derecho medioambiental como el asunto Trail Smelter²⁹, o la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de uso de armas nucleares por parte de los Estados³⁰. Sus manifestaciones constituyen la base de buena parte del corpus regulatorio internacional vigente³¹, dada la transversalidad del deber de diligencia en manos de los Estados, así como de la obligación de evitar que la explotación de sus propios recursos no perjudique el medio ambiente de Estados vecinos o de espacios comunes, tal como prescribe el principio 21 de la Declaración de Estocolmo.

A nivel comunitario el principio de prevención cuenta con mayor solera, dado que se incorporó en el Derecho originario a través de la reforma desarrollada por el Acta Única Europea de 1987. Además de esto, el alcance conceptual y significado difieren sustancialmente, tal como ha recordado la Comisión Europea en su estudio sobre el principio de precaución en las políticas ambientales de la UE³².

Ambos principios presuponen la existencia de riesgos para el medio ambiente o la salud de las personas, y ambos exigen una actuación positiva del Estado con miras a mitigarlos. No obstante, y aunque en ocasiones trazar la línea entre ambos principios no siempre es posible, se diferencian en una cuestión de grado que pivota sobre la certeza y el tipo de riesgo. Como ha señalado la propia Comisión, el principio de previsión se dirige a supuestos en los que el conocimiento y la probabilidad de que un riesgo se produzca por acción o inacción son conocidos³³. En este sentido, su radio de actuación natural son aquellos casos en los que los riesgos pueden ser cuantificados y valorados con información científica concluyente. En la doctrina alemana, se califican como “*gefahr*”, o peligro, acentuando el carácter conocido y probabilístico de su ocurrencia. En la doctrina española, también se suele utilizar el término peligro para recoger este tipo de supuestos, diferenciándolo del riesgo³⁴.

El principio de precaución, por el contrario, adquiere plena eficacia en entornos de incertidumbre. Esto es así, respecto a los riesgos que pueden calificarse como potenciales y, por tanto, no pueden ser cuantificados ni demostrados con certidumbre científica (esto es “*risiko*”, según la terminología alemana).

²⁹ El laudo puede consultarse en: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf

³⁰ <https://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-es.pdf>

³¹ Un análisis general de este principio en el Derecho internacional del medio ambiente puede verse en Sands, P., *Ob. cit.*, pp. 200 y ss. De manera más detallada, puede consultarse Duvic-Paoli, L.-A., *The Prevention Principle in International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 91 y ss.

³² Comisión Europea, Study on the precautionary principle in EU environmental policies. Final report, noviembre 2017, p. 81.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Así lo ha expuesto especialmente Esteve Pardo, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, octava edición, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 361 y ss.

Como consecuencia, el elemento complementario y necesario para encontrarnos en supuestos de aplicación del principio de precaución es la presencia de incertidumbre científica y su evolución, que representa un límite temporal cómo comentaremos más adelante.

La diferencia entre ambos principios se hace especialmente evidente respecto a la salud pública, ámbito que –como hemos señalado– es terreno natural del principio de precaución³⁵. Como recuerda Pearce, el principal objetivo de la salud pública es prevenir enfermedades y promover la salud colectiva³⁶. En este sentido, la identificación y adopción de medidas positivas tendentes a evitar problemas sanitarios es inherente a esta rama de la epidemiología, tradicionalmente centrada en identificar peligros en el sentido señalado anteriormente, que se enmarca en la actividad de prevención. No obstante, el principio de precaución entra en escena en supuestos de riesgos para la salud, donde la relación causa-efecto puede no estar establecida científicamente con certeza³⁷.

Un ejemplo de esto, retomando los lineamientos de la Comisión, ilustran las diferencias entre ambos principios. En los años 50 y 60 cuando existía incertidumbre sobre los riesgos asociados a fumar y su relación con el cáncer de pulmón, cuyos riesgos eran difíciles de calcular, podría haberse recurrido al principio de precaución. No obstante, una vez que la relación y los riesgos han sido clarificados por la ciencia, resulta de aplicación el principio de prevención. Algo similar puede decirse respecto a la alarma que se generó en 2009 con la gripe A (H1N1), que aconsejó ante la incertidumbre aplicar el principio de precaución, pese a que posteriormente el avance científico dejó sentado que el virus tenía una morbilidad y mortalidad inferior a la gripe común. El actual reflejo de la aplicación del principio de prevención ante esta enfermedad se recoge en su incorporación dentro de las cepas que componen la vacuna voluntaria para la gripe estacional. Es de esperar, con suerte, que este sea el mismo camino que siga la lamentable pandemia generada por el COVID-19, cuyos graves efectos aún se sienten al momento de escribir estas líneas.

2. *La inacabada definición del principio de precaución*

Es sabido que en el Derecho comunitario el principio de precaución se recogió, pero no definió. Tampoco lo hizo explícitamente la Comunicación sobre el principio de precaución de 2000, aunque del texto puede extraerse alguna como señalaremos posteriormente.

³⁵ Goldstein, B. D., “The precautionary principle also applies to public health actions”, en *American Journal of Public Health*, Núm. 91(9), 2001, pp. 1358-1361. Como señala este autor, el principio de precaución recoge algunos de los caracteres fundamentales de las buenas prácticas de salud pública, esto es, foco en la atención preventiva y el reconocimiento de que las actividades humanas habitualmente puede conllevar consecuencias imprevisibles (p. 1359).

³⁶ Pearce, N., “Public Health and the precautionary principle”, en Marfuza, M. y Tucker, J., *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*, World Health Organization, 2004, p. 49.

³⁷ *Ídem*, p. 57.

Por su parte, y a pesar de la importancia que tiene el principio de precaución para el sector alimentario, el libro blanco sobre seguridad alimentaria³⁸, no acoge una definición. El vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tampoco abordó esta cuestión.

Lo mismo puede decirse del plano internacional, donde diferentes instrumentos de gran trascendencia hacen referencia explícita o implícita al principio, pero sin avanzar definición alguna. Tal es el caso del Protocolo de Montreal sobre Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono³⁹, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático⁴⁰ o el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes⁴¹.

Cabe señalar que, a nivel legislativo, también se recoge el principio de precaución, o su variante el enfoque de precaución, sin acoger una definición específica. Así, por reseñar un ejemplo, la reforma de la *Clean Air Act* norteamericana acogió, desde 1990, el enfoque precautorio como fórmula estructural de adopción de decisiones relacionadas con la calidad del aire⁴². A nivel comunitario, esta situación también se evidencia. Así, entre otros, el Reglamento relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (Reglamento REACH) hace referencia al principio en su exposición de motivos, y lo consagra como elemento estructural de toda la regulación sectorial al establecer su objeto⁴³, sin llegar a definirlo.

No obstante, del principio de precaución se han desarrollado diversas acepciones que comparten elementos comunes, aunque sea difícil recoger una que goce de aceptación unánime. Por señalar sólo un par de ejemplos que demuestran esta similitud, en el plano internacional, la comisión de ética de la UNESCO, en su informe sobre el principio de precaución de 2005, acoge una definición práctica: “Cuando las actividades humanas pueden acarrear un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, se adoptarán medidas para evitar o disminuir ese daño”⁴⁴. De manera

³⁸ COM(1999) 719 final, de 12 de enero de 2000.

³⁹ El preámbulo del Protocolo señala, en su versión oficial: “Determined to protect the ozone layer by taking precautionary measures to control equitably total global emissions of substances that deplete it, with the ultimate objective of their elimination on the basis of developments in scientific knowledge”.

⁴⁰ Establece el artículo 3.3 de la Convención Marco: “Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prevenir, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”.

⁴¹ Señala el preámbulo del Convenio que “la idea de precaución es el fundamento de las preocupaciones de todas las Partes y se halla incorporada de manera sustancial en el presente Convenio”. Más explícita aún es la referencia de su artículo primero, en el que al determinar su objeto establece: “Teniendo presente el criterio de precaución consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Convenio es proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los contaminantes orgánicos persistentes”.

⁴² En este sentido, véase Goldstein, B. D., *Ob. cit.*, pp. 1358-1359.

⁴³ Establece el artículo 1 del Reglamento REACH lo siguiente: “El presente Reglamento se basa en el principio de que corresponde a los fabricantes, importadores y usuarios intermedios garantizar que solo fabrican, comercializan o usan sustancias que no afectan negativamente a la salud humana o al medio ambiente. Lo dispuesto en él se basa en el principio de precaución”.

⁴⁴ UNESCO, Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST), 2005.

similar, la Comisión Europea en su comunicación sobre el principio de precaución, parece acoger también una *working definition*, al señalar que “la decisión de invocar o no el principio de precaución es una decisión que se ejerce cuando la información científica es insuficiente, poco concluyente o incierta, y cuando hay indicios de que los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido”⁴⁵.

No obstante lo anterior, como comenta Fisher, la formulación más habitual se asemeja y recoge los elementos que en su momento estableció la Declaración de Rio⁴⁶. Esto es, en caso de que exista riesgo para la salud de las personas o el medio ambiente la duda o incertidumbre científica no puede constituir un argumento para justificar la inacción. Es, por otra parte, la que inspira la acepción que más arraigo ha generado en Estados Unidos, a partir de la Declaración de Wingspread de 1998⁴⁷.

Es también, en cierta medida, la concepción que recoge el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde las primeras sentencias en las que enjuició la aplicación del principio. Así, en el asunto Solvay, al recoger la jurisprudencia primigenia sobre la definición del principio, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea estableció que “según reiterada jurisprudencia, en el ámbito de la salud pública el principio de cautela implica que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de precaución sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”⁴⁸.

De lo anterior se extrae, a pesar de la heterogeneidad conceptual, un denominador común: el principio se dirige a evitar posibles efectos adversos en supuestos de incertidumbre científica⁴⁹. También una suerte de elementos caracterizadores, o componentes según la denominación de la Comisión Europea, que vamos a abordar seguidamente. Aunque esto, no obstante, no ha evitado que el principio haya sido objeto de crítica por parte de la doctrina debido a su imprecisión y vagos contornos⁵⁰.

IV. COMPONENTES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO EN SEDE ADMINISTRATIVA

Uno de los aspectos que generó cierta controversia a nivel comunitario durante los primeros años de existencia, fue la aplicación del principio por parte de las autoridades

⁴⁵ Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM(2000) 1 final, de 2 de febrero de 2000.

⁴⁶ Fisher, E., *Risk. Regulation and Administrative Constitutionalism*, Hart Publishing, Portland, 2007, p. 40.

⁴⁷ Esta Declaración, que emerge del mundo académico, fue resultado de la Conferencia de Wingspread, en la que participaron expertos de distintas disciplinas. Respecto al sentido del principio señala textualmente: “When an activity raises threats of harm to human health or the environment, precautionary measures should be taken even if some cause and effect relationships are not fully established scientifically”.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 21 de octubre de 2003, asunto T-392/02, Solvay Pharmaceuticals BV contra Consejo de la Unión Europea.

⁴⁹ Bourguignon, D., *The Precautionary principle. Definitions, applications and governance*, European Parliamentary Research Service, 2016, p. 6.

⁵⁰ Así, entre otros, Bodanksy D., “The precautionary principle in US environmental law”, en O’Riordan T, y Cameron J, (Eds.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan, Londres, 1994, pp. 203-228.

administrativas, dado su potencial expansivo y posibles efectos sobre derechos y garantías ciudadanas. De ahí que la Comisión haya intentado sentar una suerte de lineamientos generales dirigidos a orientar su aplicación a través de la Comunicación de 2000, ya citada, cuya estructura y sentido seguiremos.

1. *La decisión sobre la necesidad de aplicar el principio de precaución*

Como resaltara la Comisión Europea, una de los primeros elementos a determinar con miras a aplicar el principio de precaución es de naturaleza política. Esto es, determinar si el posible riesgo potencial requiere una actuación o no que, en buena parte de los casos, supondrá una restricción de derechos y bienes también protegidos constitucionalmente.

Para ilustrar esta decisión basta con observar y reflexionar sobre las distintas respuestas que se han planteado –al momento de escribir este trabajo– en el marco de la crisis del Covid-19. Algunos expertos y en principio algunos países, como es el caso de Suecia⁵¹ o Reino Unido⁵², se plantearon una estrategia basada en alcanzar la inmunidad de rebaño⁵³, lo que suponía en cierta medida permitir la circulación del virus para alcanzar la protección frente a ella una vez contagiado un porcentaje elevados de sus ciudadanos. Otros, en cambio, donde gravitan buena parte de los países europeos (e.g, España o Italia) y latinoamericanos, optaron por adoptar fuertes medidas restrictivas basadas en el confinamiento y la restricción de actividades económicas para intentar contenerlo y evitar su propagación.

Sin entrar a valorar las aristas éticas⁵⁴ o científicas⁵⁵ que supone un escenario de no actuación o actuación restringida en situaciones como la señalada, las diferentes opciones reflejan –en el fondo– una decisión discrecional relacionada con la necesidad o no de actuar frente a un potencial riesgo. También sobre la determinación del riesgo que la sociedad está dispuesta a asumir para responder ante una amenaza potencial que igualmente corresponde valorar, en última instancia, a las autoridades que detentan la legitimidad democrática.

Otros ejemplos nos permiten ahondar en este aspecto, evidenciando la distinta valoración que los gobiernos alcanzan respecto al riesgo admisible en contextos similares.

⁵¹ Véase Habib, H. “Has Sweden’s controversial covid-19 strategy been successful?”, en *British Medical Journal (BMJ)*, 369, m2376, junio, 2020. Disponible en: <https://www.bmj.com/content/369/bmj.m2376>

⁵² Sobre esta respuesta inicial véase O’Grady, C. “The U.K. backed off on herd immunity. To beat COVID-19, we’ll ultimately need it”, en *National Geography*, 21 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.nationalgeographic.co.uk/science-and-technology/2020/03/the-uk-backed-off-on-herd-immunity-to-beat-covid-19-well-ultimately>

⁵³ Una explicación breve sobre esto puede verse en Wares, J. y Krehbiel, S. “Herd immunity won’t solve our COVID-19 problem”, en *The Conversation*, 16 de junio de 2020. Disponible en: <https://theconversation.com/herd-immunity-wont-solve-our-covid-19-problem-139724>

⁵⁴ Con valoraciones científicas se manifiestan en contra de perseguir la inmunidad de rebaño, sin adoptar medidas de contención, por ser contraria a las normas éticas Eckerle, I. y Meyer B., “SARS-CoV-2 seroprevalence in COVID-19 hotspots”, en *The Lancet*, julio 6 de 2020.

⁵⁵ Una breve reflexión crítica sobre la adopción de una estrategia de respuesta basada en la inmunidad de rebaño puede verse en el comentario de urgencia publicados por Dowdy y D’Souza, epidemiólogos de la Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health, disponible en: <https://coronavirus.jhu.edu/from-our-experts/early-herd-immunity-against-covid-19-a-dangerous-misconception>

En este sentido, es paradigmática la desigual admisibilidad de riesgos potenciales en Estados Unidos y la Unión Europea, dos de los bloques que con más intensidad han recurrido y litigado respecto a la aplicación del principio de precaución⁵⁶. Así, históricamente la Unión Europea se ha mostrado más cauta comparativamente respecto a los organismos modificados genéticamente. También lo ha sido respecto al uso de hormonas en ganadería destinadas al consumo humano, sustancias y contaminantes orgánicos persistentes, o en materia de cambio climático. En sentido contrario, ha sido más estridente, en términos generales, la valoración y respuesta europea frente a la Covid-19 que la adoptada en el país norteamericano. Estados Unidos, por su parte, se ha mostrado más cauta en la aprobación de medicamentos, la prohibición de sustancias agotadoras de la capa de ozono, o la polución atmosférica, entre otras.

No obstante, cabe destacar que a nivel comunitario el Tribunal de Justicia, al concebirlo como un principio general de Derecho comunitario, no sólo mantiene una cierta preferencia por considerar que en la valoración debe tener prevalencia la protección de la salud o el medio ambiente respecto a otros intereses en conflicto, sino que además destacó el mandato que deriva del Derecho originario que exige la actuación obligatoria de los países miembros en casos de que se produzcan los factores desencadenante del principio de precaución. Así, lo hizo –entre otros– en el asunto Artedogan⁵⁷ cuando estableció que el principio “impone a las autoridades competentes la obligación de adoptar las medidas apropiadas con vistas a prevenir ciertos riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, otorgando a las exigencias ligadas a la protección de estos intereses primacía sobre los intereses económicos”.

Ahora bien, a pesar de lo dicho respecto al elemento discrecional de la decisión de aplicación del principio, inexorablemente ésta debe apoyarse en valoraciones científicas fundadas y razonables. Con ello, se pretende proscribir actuaciones caprichosas o arbitrarias no admitidas por el acervo jurídico común de la Unión Europea. Por tanto se reconoce un margen de discrecionalidad que puede residenciarse en la apreciación del riesgo, la incertidumbre científica⁵⁸ y las medidas proporcionales a adoptar⁵⁹. Pero, no obstante, ese margen de apreciación o discrecionalidad, por una parte, estará sujeto a las bien conocidas técnicas de reducción de la discrecionalidad⁶⁰, y por otra, sometido a control judicial –así sea reducido– ante los tribunales correspondientes⁶¹.

⁵⁶ Al respecto véase, por todos, Wiener, J. B. and Rogers, M. D., ‘Comparing precaution in the united states and Europe’, en *Journal of Risk Research*, Núm. 5 (4), 2002, pp. 323 y ss.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, de 26 de noviembre de 2002, Asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, Artedogan GmbH y otros, contra la Comisión de las Comunidades Europeas, apdo. 184.

⁵⁸ Hace referencia a la discrecionalidad de estos elementos Cierco Seira, C. “El principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 163. Enero-abril 2004, p. 112.

⁵⁹ Sobre la discrecionalidad en supuestos de decisiones complejas, véase entre otros, Hernández, J.C., *El régimen Jurídico-Administrativo de las Concentraciones de Empresas en el Derecho Comunitario* (Test Sustantivo y Control Judicial), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

⁶⁰ Al respecto son imprescindibles los trabajos del Prof. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Cívitas, 3ª ed., reimpr., Madrid, 2016, *in totum*, así como del Prof. Brewer-Carías, A recogidos en su capítulo “El poder discrecional de la Administración, sus límites y control (variaciones sobre un mismo tema)”, publicados en su *Tratado de Derecho administrativo. Derecho público en Ibe-*

2. *Los presupuestos de aplicación del principio de precaución. En particular, la metodología para la identificación y valoración de los riesgos*

Cómo señala Cierco Seira, tanto de la temprana comunicación de la Comisión, como de otros documentos de referencia, se extrae que la aplicación del principio exige la presencia de dos presupuestos: la identificación de un riesgo grave para la salud del medio ambiente o la salud de las personas, por una parte, y por otra, la incertidumbre científica⁶². Esto conlleva a la realización de un ejercicio de identificación de los riesgos potenciales, cuya metodología comentaremos brevemente.

Así pues, toda valoración basada en riesgos exige que su evaluación se base en conocimientos científicos, como se ha señalado. Esta evaluación científica debe fundarse en información fiable y disponible al momento de aplicar el principio, y de ser posible, concretarse en un informe de evaluación de riesgos lo más completo posible.

La evaluación del riesgo remite a una metodología asentada por la Comisión en su Comunicación sobre el principio de precaución⁶³, que se compone de cuatro elementos. En primer lugar, se procede a la *identificación del peligro*, lo que supone determinar el factor, elemento o agente que puede tener efectos adversos sobre la salud de las personas o el medio ambiente, así como describir posibles efectos reales y potenciales asociados. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de la identificación reciente del mencionado virus SARS-CoV2.

En segundo término, se procede a la *caracterización del peligro*. Esto es, determinar el alcance, naturaleza y gravedad de los riesgos, estableciendo una relación de causa-efecto. Siguiendo con el ejemplo, una vez identificado el SARS-CoV2, su caracterización se centraría en determinar la gravedad de sus efectos, que se manifiestan en la virulencia de la Covid-19 respecto a determinados grupos vulnerables. No obstante, cómo ya se ha señalado, la causalidad no debe establecerse de manera fehaciente, dado que el principio pretende garantizar la actuación ante un escenario de incertidumbre.

Posteriormente, se realiza la *evaluación de la exposición*, a efectos de establecer la probabilidad de exposición al riesgo, valiéndose de instrumentos de estimación cuantitativa o cualitativa, para finalmente, dar paso a la *caracterización del riesgo*, que resume las fases anteriores y se dirige a estimar la probabilidad, frecuencia o gravedad de los potenciales efectos negativos para el medio ambiente o la salud de las personas, que justifica la adopción de medidas (e.g. confinamiento, restricción de actividades, etc).

Cabe señalar, que ante los nada infrecuentes supuestos de información científica incompleta o no concluyente, la Comisión promueve una aproximación prudente, e invita a no descartar un enfoque basado en el “peor escenario posible” o la hipótesis más pesimista. Con este planteamiento, aunque se puede exagerar la valoración del riesgo potencial, se descarta por otra parte la posible infravaloración del riesgo y la producción

roamérica. Volumen V. *La acción de la administración: Poderes, potestades y relaciones con los administrados*, Civitas-Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 221 y ss.

⁶¹ En el apartado VI, haremos algunas referencias a dicho control por los tribunales comunitarios.

⁶² Véase Cierco Seira, C. *Ob. cit.*, pp. 105-106.

⁶³ Seguimos aquí el anexo 3 de la Comunicación sobre el principio de precaución, ya citada.

de las consecuencias gravosas para la salud o el medio ambiente. Este ha sido, en el caso de la crisis sanitaria, la posición que han adoptado buena parte de los países de la Unión Europea, así como es el caso de España o Italia.

3. *Efectos y límites en la aplicación del principio de precaución*

El principal y típico efecto que pueden alcanzar las medidas adoptadas por los poderes públicos en base al principio de precaución es, ni más ni menos, que excepcionar la aplicación del régimen jurídico general⁶⁴. En otras palabras, una instalación, una actividad, o un producto, que se ajustan rigurosamente a la legalidad, que han cumplido con los trámites necesario para obtener una autorización, que han superado los controles establecidos, o que incluso se someten a un sistema de gestión ambiental o de Ecoauditoría, pueden ser objeto de medidas gravosas y drásticas (cierre de la instalación, cese temporal de la actividad, retirada de productos, etc.) si se demuestra ese estado de incertidumbre y riesgo grave para el medio ambiente o la salud. Es también el caso de restricciones de movilidad o confinamiento que reduce sensiblemente el ejercicio de derechos fundamentales por parte de los ciudadanos⁶⁵.

En esencia, el efecto más contundente es el de imponer una suerte de estado de excepción —el régimen vigente queda en suspenso— justificado en valoraciones e informes de carácter científico que alertan sobre la existencia de riesgos, aun cuando las actividades que presuntamente los generan cumplen con la normativa vigente. Por este motivo, es que la aplicación del principio de precaución no deja de ser controvertida. También por esta razón el principio de precaución se somete a algunos límites⁶⁶.

El primero es un límite material, que sirve para dimensionar las medidas que se pretendan adoptar. Se trata del principio de proporcionalidad. Debe existir una proporción razonable entre la magnitud e inminencia del riesgo que se alega existe y la intensidad de las medidas que se adoptan. Sobre esto nos ocuparemos en el apartado VI de este capítulo. El segundo límite, es de naturaleza temporal. Debido a que se trata de medidas muy gravosas, han de tener una duración limitada, mientras se mantenga la situación de incertidumbre que las originó⁶⁷. Además, el mismo transcurso del tiempo es un factor de superación de la incertidumbre. Los hipotéticos efectos negativos se irán manifestando o no se mostrarán en absoluto; en ambos casos el paso del tiempo reduce la incertidumbre, que no sería la misma que se tenía cuando se dictaron las medidas de excepción.

En cualquier caso, las medidas que se adopten han de estar sujetas a revisión, bien por el transcurso del tiempo, como *—por supuesto—* por la adquisición de nuevos conocimientos que reduzcan o superen del todo la situación de incertidumbre por la que se invocó el principio de precaución.

⁶⁴ Esteve Pardo, J., *Derecho del medio ambiente*, tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 59.

⁶⁵ Véase en este sentido el citado Auto 000084/2020 de ratificación de medidas sanitarias urgentes del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2020.

⁶⁶ Se ocupa de esto Esteve Pardo, J., *Derecho del medio ambiente...*, p. 60-61.

⁶⁷ Resulta ilustrativa de este aspecto el apartado 2° del Auto 000084/2020 de ratificación de medidas sanitarias urgentes del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2020.

V. REVISIÓN EN SEDE JUDICIAL DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. EN PARTICULAR EL LIMITADO CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA DETERMINACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO

La aplicación del principio de precaución ha sido objeto de revisión por parte de los tribunales comunitarios, lo que ha contribuido a delimitar sus contornos, a partir de una asentada jurisprudencia vinculada especialmente a cuestiones relacionadas con la salud o ámbitos médico-farmacológicos. En este sentido, han reconocido un elevado margen de deferencia respecto a las valoraciones discrecionales que el principio conlleva, y que justifica en la doctrina general de la revisión limitada de las decisiones técnicas complejas.

Este tipo de valoraciones complejas suponen, pues, un control restringido. Una de las primeras sentencias en las que se expone con claridad el alcance limitado de la revisión de las apreciaciones técnicas, aunque no está directamente relacionada con nuestro ámbito de estudio, es el asunto *Technische Universität München*⁶⁸, en la que el Tribunal reconoció que en sectores caracterizados por una enorme complejidad técnica, la revisión judicial era limitada, reconociendo en consecuencia que la Comisión gozaba de un amplio margen de apreciación para cumplir con la tarea asignada.

Este caso tuvo su origen en la solicitud de una exención de derechos de aduana conforme al Reglamento (CEE) 1798/75. El artículo 3(1)(b) de dicho Reglamento establecía una franquicia de derechos de aduana a favor de aparatos científicos importados de terceros países siempre que tuvieran destinados fines educativos, científicos o culturales y que no existieran dentro de la (entonces) Comunidad Económica Europea aparatos de un valor científico equivalente.

Sobre la base de esta disposición la *Technische Universität München*, solicitó a la Administración alemana la exención de impuestos de aduana para importar un microscopio electrónico de exploración manufacturado en Japón, que sería utilizado con fines de investigación por los departamentos de física, química y biología.

La Administración alemana consultó a la Comisión sobre la legalidad de la concesión de la exención, quien con base en el Reglamento (CEE) 2784/79 (norma de ejecución del Reglamento anterior), debía consultar a los Estados miembros sobre la solicitud de exención, y en caso desfavorable convocar a un grupo de expertos formado por nacionales de cada Estado miembro para que se manifesten acerca de la equivalencia del instrumento con aquel (o aquellos) fabricados en la Comunidad Europea. Una vez cumplido este procedimiento la Comisión procedería a dictar la decisión.

Sobre el marco de las exigencias mencionadas, consultados los Estados miembros y al existir oposición, la Comisión convocó a un grupo de expertos que concluyó que existía un aparato equivalente fabricado por la empresa holandesa Philips.

La Comisión adoptó una decisión negativa respecto a la validez de la exención, ante lo cual la Administración alemana competente adoptó denegó la concesión de la

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), C-269/90, *Technische Universität München contra Hauptzollamt München-Mitte*, de 21 de noviembre de 1991. En adelante *stca. Technische Universität*.

exención. Dicha decisión fue recurrida ante el Tribunal nacional competente, quien interpuso una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia acerca de la validez de la decisión de la Comisión. El Tribunal de Justicia en su sentencia, recogiendo la doctrina expuesta desde el asunto *Consten Grundig*, señaló que en los procedimientos administrativos que requieran complejas evaluaciones, en este caso de naturaleza técnica, la Comisión goza de un margen de apreciación, precisamente con la finalidad de cumplir su tarea. En estos casos, por tanto, la revisión judicial es limitada.

Un aspecto que conviene hacer notar es que, en esta sentencia, si bien el Tribunal confiere un margen de deferencia a la Comisión en atención a la complejidad técnica de la decisión, también reconoce la necesidad de intensificar los controles internos, y especialmente aquilatar el respeto a las garantías procesales.

Un razonamiento similar al de *Technische*, lo encontramos en el ámbito médico-farmacológico, en aquellos casos en los que encontramos la presencia de riesgos asociados a la decisión, ámbito natural de aplicación del principio de precaución. Algunas decisiones de los Tribunales Comunitarios nos permiten ilustrar este punto.

En la sentencia *National Farmers Union* y otros⁶⁹ (también conocido como el “caso de las vacas locas”), el Tribunal reconoció que la Comisión dispone de amplias facultades de apreciación en cuanto a la naturaleza y alcance de las medidas que adopta en esta materia.

La sentencia tiene su origen en una cuestión de validez planteada por la High Court of Justice, Queen's Bench Division, respecto a la decisión adoptada por la Comisión en la que adopta medidas de emergencia en materia de protección contra la encefalopatía espongiforme bovina (enfermedad de las vacas locas, en adelante EEB).

La Comisión basó su decisión en el artículo 10 de la Directiva 90/425/CEE⁷⁰ del Consejo, de 26 de junio de 1990, y en el artículo 9 de la Directiva 89/662/CEE⁷¹, que le permite, en casos de enfermedades que puedan suponer un peligro grave para los animales o la salud humana, realizar un examen de la situación y adoptar las medidas de salvaguardia que estime necesarias respecto a los animales y derivados, o respecto a los productos de origen y sus derivados.

En este caso, la Comisión adoptó las medidas tomando como principal referencia nuevas publicaciones científicas que sostenían la probabilidad de que existiera una relación entre la denominada enfermedad de las vacas locas y una nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob, enfermedad de naturaleza degenerativa y pronóstico mortal que afecta al ser humano y para la cual no se conoce ningún remedio.

⁶⁹ STJCE, C-157/96, *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd y Vian Exports Ltd*, de 5 de mayo de 1998. En adelante *stcia. National Farmers' Union*.

⁷⁰ Directiva 90/425/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativa a los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos y productos con vistas a la realización del mercado interior (DO L 224, p. 29)

⁷¹ Directiva 89/662/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1989, relativa a los controles veterinarios aplicables en los intercambios intracomunitarios con vistas a la realización del mercado interior (DO L 395, p. 13)

Es de destacar que se trata de una decisión en la que la misma Comisión, reconoce que no es posible adoptar una postura definitiva acerca del riesgo de transmisión de la EEB al hombre. No obstante, en atención a que no era posible excluir de manera concluyente el riesgo generado y debido a la incertidumbre generada en los consumidores, y ante la espera de un nuevo examen profundo respecto al alcance del riesgo y de los nuevos datos científicos, decide, como medida de emergencia de carácter transitorio, prohibir el envío de ganado bovino y carne de vacuno o productos derivados desde el Reino Unido a los demás Estados miembros.

Estamos pues, ante una decisión administrativa de efectos fuertemente restrictivos de una de las libertades fundamentales de la Unión Europea, tomada con fundamento en unos estudios científicos que establecen una relación de probabilidad entre dos enfermedades, pero cuyo alcance aún no está ni siquiera determinado. Situación esta que refleja una de las más marcadas características de supuestos de aplicación del principio de precaución, esto es, una situación de incertidumbre.

El Tribunal en su análisis parte del reconocimiento a las amplias facultades de apreciación de las que goza la Comisión en cuanto a la naturaleza y alcance de las medidas que adopta, para posteriormente recordar el limitado alcance del control judicial que puede recaer sobre la decisión de la Comisión. En efecto, recuerda la jurisprudencia sentada sobre el alcance del control en contextos complejos conforme a la cual el Juez comunitario debe limitarse a examinar si la Comisión, en el ejercicio de sus facultades de apreciación, incurre en error manifiesto o desviación de poder, o en todo caso, si rebasa los límites que le confieren su margen de discrecionalidad.

Pues bien, en su argumentación el Tribunal da por buena la decisión de la Comisión señalando que la medida resulta apropiada y necesaria para garantizar la protección de la salud en el mercado común. En este sentido, comparte las conclusiones del Abogado general quien concluye que las facultades de la Comisión tan sólo están supeditadas al carácter necesario de las medidas adoptadas.

El Tribunal despacha la cuestión señalando que, por un lado, la incertidumbre en cuanto al carácter suficiente y a la eficacia de las medidas anteriormente adoptadas por el Reino Unido y por la Comunidad, y, por otro, los riesgos considerados graves para la salud pública⁷², permiten concluir que la Comisión no rebasó manifiestamente los límites de su facultad de apreciación.

Esto, debe recordarse sobre la base de publicaciones científicas que avanzaban una hipótesis teórica respecto a la posibilidad de una relación entre la EEB y la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob, como bien admite el Tribunal.

Una argumentación similar mantuvo en el asunto *Trenker*⁷³, aunque en este caso se trataba de la retirada de las autorizaciones de comercialización de medicamentos de uso humano que contuvieran la sustancia anfepramona. Interesa destacar que el Tribunal reconoce que para valorar la necesidad de una medida de retirada de medicamentos, la

⁷² Stcia. National Farmers' Union, citada supra, par. 63.

⁷³ Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2001, as. C-459/00 P, Comisión de las Comunidades Europeas contra Laboratoires pharmaceutiques *Trenker SA*. En adelante auto del asunto *Trenker*.

Comisión goza de amplias facultades de apreciación que resultan de apreciaciones complejas de carácter médico-farmacológico, que por demás venían exigidas por los requisitos de fondo establecidos en el artículo 11 de la Directiva 65/65/CEE⁷⁴, esto es, eficacia, seguridad y calidad del medicamento.

Este carácter complejo de la decisión, y su consiguiente grado de discrecionalidad, suponen por tanto un control jurisdiccional restringido. Más aún el Tribunal recuerda que “cuando una autoridad comunitaria debe efectuar, en el marco de sus funciones, evaluaciones complejas, goza por ello de una amplia facultad de apreciación cuyo ejercicio está sujeto a un control jurisdiccional limitado que no implica que el juez comunitario sustituya la apreciación de los elementos de hecho de dicha autoridad por la suya propia”⁷⁵.

Por tanto, el examen del juez comunitario debe limitarse a examinar la materialidad de los hechos y las calificaciones jurídicas que en este caso la Comisión deduce y, en particular, su examen centrarse en determinar si la acción de esta última no incurre en error manifiesto o en desviación de poder, o si dicha autoridad no rebasa manifiestamente los límites de su facultad de apreciación.

Esta sentencia, reproduce en buena medida los argumentos sostenidos un par de años antes en el asunto Upjohn⁷⁶. Se trataba igualmente de una decisión de retirar todas las autorizaciones de comercialización de un medicamento denominado “Triazolam”, aunque en este caso tuvo su origen en una cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) sobre la interpretación de la Directiva 65/6/CEE, en el marco de un litigio entre la compañía Upjohn Ltd. y la Licensing Authority del Reino Unido. Se trataba por tanto de una decisión tomada por una autoridad nacional en aplicación de una Directiva comunitaria.

Este asunto resulta interesante porque Upjohn argumentaba ante la Court of Appeal que, conforme a la Directiva 65/65/CEE, los Estados miembros debían instaurar un procedimiento de control jurisdiccional de las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales competentes en materia de autorizaciones y revocación de autorizaciones de Comercialización de medicamentos, que permitiera a los órganos jurisdiccionales verificar, sobre la base de una nueva y plena apreciación de los hechos y de los fundamentos de Derecho, si la decisión adoptada resultaba apropiada. Más aún, argumentaba que el órgano jurisdiccional nacional ante el que se interpusiera el recurso de anulación de la decisión de retirada de las autorizaciones de comercialización debería poder resolver, teniendo en cuenta los elementos científicos en los que ésta se basaba, si constituía una decisión apropiada. En resumen, planteaba un control pleno del acto administrativo que permitiera al Tribunal competente sustituir la valoración realizada por la autoridad administrativa (en este caso la *Licensing Authority*) por la suya propia.

⁷⁴ Directiva 65/65/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre especialidades farmacéuticas (DO 1965, 22, p. 369; EE 13/01, p. 18). Esta Directiva fue modificada en diversas ocasiones, en especial por las Directivas 89/341/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1989 (DO L 142, p. 11), y 93/39/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 214, p. 22).

⁷⁵ Auto del asunto *Trenker*, citado supra, par. 83.

⁷⁶ *Stcia. Upjohn*, ya citada.

En su respuesta el Tribunal de Justicia comienza descartando el argumento de Upjohn. En este sentido, señala que “en lo que respecta a las decisiones de retirada de las autorizaciones de Comercialización, adoptadas por las autoridades competentes al término de apreciaciones complejas en el ámbito médico-farmacológico, no parece que únicamente un procedimiento de control jurisdiccional de las decisiones nacionales de retirada de las AC, que permita a los órganos jurisdiccionales competentes sustituir por su propia apreciación la que las autoridades nacionales competentes en materia de retirada de las AC realicen de los elementos de hecho y, en particular, de los medios de prueba científicos utilizados en apoyo de su decisión de retirada, pueda impedir que el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario se haga prácticamente imposible o excesivamente difícil”⁷⁷.

Posteriormente recuerda que, conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal, cuando una autoridad en el marco de sus funciones le corresponda realizar evaluaciones complejas, goza de una amplia facultad de apreciación que sólo se somete a un control limitado del órgano jurisdiccional. En consecuencia, al Tribunal no corresponde sustituir la apreciación que de los elementos de hecho haga la autoridad administrativa. Más aún, su examen se limita a examinar la materialidad de los hechos y las cualificaciones jurídicas que dicha autoridad haga. Esto es, se limita a examinar si incurrió en error manifiesto, desviación de poder o si ha sobrepasado los límites de su facultad de apreciación.

Por tanto, el Tribunal equipara las facultades discrecionales de la goza la Comisión con las que tienen las autoridades competentes nacionales cuando realicen valoraciones complejas en el marco de las retiradas de autoridades de comercialización.

Un aspecto que hay que considerar es que esta sentencia permite una lectura más amplia. No debe perderse de vista la fuerza expansiva que tiene la doctrina del Tribunal de Justicia no sólo en aquellas áreas fuertemente comunitarizadas. Esta sentencia, constituye una puerta de entrada para la homogeneización del concepto y alcance de la discrecionalidad en los procedimientos de retirada de autorizaciones de medicamentos, y en general, en los que existen valoraciones técnicas complejas, como es el caso de buena parte de los supuestos de aplicación del principio de precaución.

Dada la influencia de la jurisprudencia comunitaria, no es extraño que las interpretaciones que ha realizado el Tribunal de Justicia terminen constituyendo la fundamentación que adopten los Tribunales nacionales, incluso en procedimientos en los que rige el Derecho nacional.

VI. RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN CON OTROS PRINCIPIOS. EN PARTICULAR CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La aplicación del principio de precaución está interconectada con otros tantos, aunque algunos de ellos presentan una incidencia especial. Tal es el caso de los principios de no discriminación, coherencia y proporcionalidad.

⁷⁷ Stcia. Upjohn, citada supra, par. 33.

Aunque en esta obra se abordan en detalle algunos de ellos, para finalizar este capítulo interesa hacer algunas acotadas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad vinculadas a la discrecionalidad.

El principio de proporcionalidad⁷⁸, constituye hoy uno de los principios esenciales del Derecho comunitario, que también se configuró modernamente en el ámbito del Derecho alemán y desde allí fue reconocido por la temprana jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los demás países europeos continentales⁷⁹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido la aplicación del criterio de proporcionalidad no sólo como principio básico del Derecho comunitario, sino como límite de las facultades discrecionales que, como hemos mencionado, se reconoce a las autoridades competentes en casos de complejidad técnica habituales en casos que exigen la valoración y gestión de riesgos.

En aplicación del principio de precaución, la proporcionalidad adquiere pleno sentido al momento de la adopción de medidas dirigidas a reducir el riesgo o sus efectos. Estas medidas, que si bien pueden conllevar un elemento grado de complejidad, presentan un contenido que en muchas ocasiones se concreta mediante la limitación de los derechos y libertades⁸⁰.

En aplicación de este, corresponde al juez verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, así como también la comprobación si dichos elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. No obstante, tratándose siempre de ámbitos de deferencia reconocidos a la autoridad competente, el juez no está llamado a sustituir sus apreciaciones o valoraciones por la suya propia.

De ahí que pueda sostenerse que el principio no sólo opera como un principio básico de la actuación del poder público, sino que actúa además como medida de validez de la intervención pública en la esfera de los derechos y libertades de los particulares⁸¹, que encuentra reconocimiento a nivel europeo, tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸², como en mismo Tratado de Unión Europea (art. 5).

⁷⁸ También conocido en la doctrina y jurisprudencia europea como principio de “proporcionalidad de los medios”, “proporcionalidad del sacrificio”, “proporcionalidad de las injerencias”, “prohibición de exceso” (Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en Barnés Vázquez, J. (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, Núm. 5, 1998, p. 19). Un panorama general respecto a la aplicación de este principio en los ordenamientos de los Estados miembros puede verse en Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1992, p. 680 y ss.

⁷⁹ Al respecto véase Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, tercera edición, CEPC, Madrid, 2007, especialmente p. 49-57.

⁸⁰ La restricción de derechos e intereses legítimos vendría a ser el hábitat natural del principio de proporcionalidad en el ámbito de las facultades discrecionales. En este sentido, Barnés Vázquez, J., *Ob. cit.*, p. 22. Como afirma este mismo autor, “el medio que a la proporcionalidad importa es siempre restrictivo o de gravamen de derechos, las “cargas” por decirlo gráficamente”. *Idem*, p. 19.

⁸¹ Parejo Alfonso, L., “Los principios generales del Derecho comunitario”, en Parejo Alfonso, L. [et al.], *Manual de Derecho administrativo comunitario*, CEURA, Madrid, 2000, p. 80.

⁸² Si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no hace mención expresa al principio de proporcionalidad, éste deriva de manera general de la aplicación de “limitaciones necesarias en una sociedad

El principio, exige que toda intervención pública se defina sobre los medios menos lesivos para los derechos y las libertades de los destinatarios entre todos los posibles para alcanzar el objetivo del Tratado. Por tanto, es un principio relativo del que no se desprenden prohibiciones absolutas sino por referencia al caso concreto, en el que el fin representa al canon de proporcionalidad⁸³. Como señaló el Tribunal de Justicia en el asunto Zuid-Hollandse: “Según reiterada jurisprudencia, este principio exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que los inconvenientes ocasionados no deben ser desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos⁸⁴”.

La aplicación del principio entraña una operación compleja, que exige la concreción de un test basado en tres pasos⁸⁵: (i) el juicio de idoneidad, que no debe ir más allá de la razonabilidad, implicando con ello el reconocimiento de un amplio margen de apreciación a la hora de la elección y determinación de las medidas a adoptar; (ii) el juicio de necesidad, que exige que las medidas sean las más moderadas o menos gravosas entre los medios idóneos en disposición de la autoridad competente, y sobre los cuales también la jurisprudencia reconoce un gran margen de deferencia; y, (iii) el juicio de proporcionalidad propiamente dicho, que mide la adecuación entre el medio y el fin perseguido, que como ya hemos dicho consiste de determinar si son proporcionales al riesgo e incertidumbre detectados y permiten solventarlos enteramente. En este último paso, juega un papel decisivo la ponderación entre los intereses a los cuales sirve la decisión, y la entidad de la incidencia en la esfera de los derechos y libertades de cuya protección se trata, de forma tal que para que la intervención pública sea válida, es necesario que el resultado sea positivo para los intereses públicos, en el sentido de justificar el beneficio reportado por la realización de éstos sobre las consecuencias negativas en los derechos y libertades.

Así, por ejemplo, si el riesgo es de relativa entidad, una medida proporcional podría ser comunicar al público los posibles riesgos de forma que sean éstos los que decidan sobre la asunción de los posibles efectos. Lo mismo podría considerarse en caso de

democrática”, establecidas en los art. 8 a 11 CEDH. Al respecto Fassbender, B., “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Barnés Vázquez, J. (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, Núm. 5, 1998 p. 51-57.

⁸³ Como señala Barnés Vázquez, J., *Ob. cit.*, p. 25, la finalidad es la que determina en cada caso el peso y la medida máxima de la intervención que se le puede permitir a la injerencia sobre los derechos e intereses legítimos particulares.

⁸⁴ STJCE, C-174/05, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie y Stichting Natuur en Milieu contra College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen, de 9 de marzo de 2006, ap. 28.

⁸⁵ Respecto a la aplicación general de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, en general véase la obra de Bernal Pulido, C., *Ob. cit.*, p. 692 y ss. En el ámbito del Derecho administrativo y comunitario, con referencia a algunos ejemplos de aplicación, *Cfr.* Barnés Vázquez, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, en *RAP*, Núm. 135, 1994, p. 495 y ss.; Galetta, D.-U., “El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario”, en Barnés Vázquez, J. (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, Núm. 5, 1998, p. 83 y ss.; Schwarze, J., *Ob. cit.*, p. 854 y ss. También en el ámbito del Derecho administrativo, Sarmiento, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 314 y ss.

que no haya una decisión contundente en la comunidad científica respecto a la posible ocurrencia del riesgo. En cambio, si estamos ante un riesgo grave, como fue en su momento el posible consumo de carne de animales afectados por la enfermedad de las vacas locas, una medida proporcional y justificada es la prohibición de entrada de carne proveniente de zonas afectadas por la enfermedad, incluso si afecta la libre circulación de bienes en el ámbito comunitario. También sería proporcionado, como establecieron los tribunales españoles, el sacrificio de la libertad de circulación y el consecuente aislamiento de grupos de individuos infectados por una enfermedad que entrañe riesgo considerable para la generalidad de la población, así como las pérdidas económicas derivadas del cierre de instalaciones específicas, ante riesgos graves para la salud como fue la temprana transmisión del SARS-CoV2⁸⁶.

El test, como evidencia su método de concreción, no es meramente formal, pues alcanza el contenido material de la decisión con la finalidad de determinar si el poder público, en su libre arbitrio, ha realizado una valoración desproporcionada⁸⁷. Sin embargo, esto no debe llevar a pensar que el principio de proporcionalidad constituye una carta abierta en manos de los Tribunales para anular el ejercicio de facultades discrecionales de la Administración. Por el contrario, el juicio que autoriza el test de proporcionalidad no es positivo. Es decir, no permite determinar si la intervención pública pudo ser más proporcionada, ni tampoco encontrar la solución más idónea o el medio óptimo por más moderado⁸⁸. El análisis judicial debe dirigirse a determinar si la desproporción del sacrificio es absolutamente manifiesta, inequívoca y patente, valorada sobre la base de la información que se disponía al momento de la decisión. En otras palabras, el test es exclusivamente negativo, y por tanto se dirige a controlar las desproporciones absolutamente manifiestas y evidentes⁸⁹. Lo contrario reconduciría el control judicial a la sustitución de las valoraciones discrecionales, lo que expresamente está vedado a los Tribunales, como ha establecido la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De ahí, que no sea extraño que en la revisión judicial del principio de precaución los jueces europeos habitualmente no sólo hagan un ejercicio de autocontención, sino que reconozcan una importante deferencia en manos de la autoridad administrativa decisora.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANNI, A., *Trade in food: Regulatory and judicial approaches in the EC and the WTO*, Londres, Cameron May, 2007.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en Barnés Vázquez, J. (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, N° 5, 1998.

_____, “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, en *RAP*, N° 135, 1994.

⁸⁶ Véase en este sentido el ya citado Auto 000084/2020 de ratificación de medidas sanitarias urgentes del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2020.

⁸⁷ Barnés Vázquez, J., *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar...*, p. 44.

⁸⁸ *Ídem*, p. 28-29.

⁸⁹ *Ídem*, p. 44-45.

BECK, U., *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2006.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, tercera edición, CEPC, Madrid, 2007.

BODANKSY D., “The precautionary principle in US environmental law”, en T. O’Riordan y J. Cameron (Eds.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan, Londres, 1994.

BOEHMER-CHRISTIANSEN, S., “The Precautionary Principle in Germany - enabling Government”, en O’Riordan, T. y Cameron, J. (ed.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan, Londres, 2004.

BORGERS, M., y VAN SLIEDREGT, E. “The meaning of the precautionary principle for the assessment of criminal measures in the fight against terrorism” en *Erasmus Law Review*, N° 2:2, 2009.

BOURGUIGNON, D. *The Precautionary principle. Definitions, applications and governance*, European Parliamentary Research Service, 2016.

BOYD, D. *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, UBC Press, Vancouver, 2012.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Tratado de Derecho administrativo. Derecho público en Iberoamérica. Volumen V. La acción de la administración: Poderes, potestades y relaciones con los administrados*, Civitas-Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013.

CIERCO Seira, C. “El principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, en *Revista de Administración Pública*, N° 163. Enero-abril 2004, pp. 105 y 106.

Comisión Europea, *Study on the precautionary principle in EU environmental policies. Final report*, noviembre 2017.

Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM(2000) 1 final, de 2 de febrero de 2020.

DIRK, Hanschel, “Progress and the Precautionary Principle in Administrative Law – Country Report on Germany”, en Riedel, E. y Wolfrum, R., *Recent Trends in German and European Constitutional Law. German Reports Presented to the XVIIth International Congress on Comparative Law*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2006.

DUVIC-PAOLI, L.-A., *The Prevention Principle in International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

ECKERLE, I. y MEYER B., “SARS-CoV-2 seroprevalence in COVID-19 hotspots”, en *The Lancet*, julio 6 de 2020.

European Environment Agency, *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*.

FASSBENDER, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en J. Barnés Vázquez, (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, N° 5, 1998.

ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente*, tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 2014

FISHER, E., Risk. *Regulation and Administrative Constitutionalism*, Hart Publishing, Portland, 2007.

GALETTA, D.-U., “El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario”, en Barnés Vázquez, J. (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, N° 5, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Cívitas, 3ª ed., reimp., Madrid, 2016.

GOLDSTEIN, B. D. ‘The precautionary principle also applies to public health actions’, en *American Journal of Public Health*, 91(9), 2001.

HABIB, H. “Has Sweden’s controversial Covid-19 strategy been successful?”, en *British Medical Journal (BMJ)*, 369, m2376, junio, 2020. Disponible en: <https://www.bmj.com/content/369/bmj.m2376>

HERNÁNDEZ, J.C., *El régimen Jurídico-Administrativo de las Concentraciones de Empresas en el Derecho Comunitario (Test Sustantivo y Control Judicial)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

JORDAN, A. y O’RIORDAN, T., “The precautionary principle: a legal and policy history”, en Martuzzi, M. y Tickner, J. A., *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*, WHO, Copenhagen, 2004.

MARRANI, David, “Reinforcing environmental rights: The French Charter for the Environment”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 25, 2015.

O’GRADY, C. “The U.K. backed off on herd immunity. To beat Covid-19, we’ll ultimately need it”, en *National Geography*, 21 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.nationalgeographic.co.uk/science-and-technology/2020/03/the-uk-backed-off-on-herd-immunity-to-beat-covid-19-well-ultimately>

PAREJO ALFONSO, L., “Los principios generales del Derecho comunitario”, en Parejo Alfonso, L. [et al.], en *Manual de Derecho administrativo comunitario*, CEURA, Madrid, 2000.

PEARCE, N., “Public health and the precautionary principle”, en Martuzzi, M. y Tickner, J., *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*, World Health Organization, 2004.

PEEL, J., *The Precautionary Principle in Practice: Environmental Decision-making and Scientific Uncertainty*, The Federation Press, Sydney, 2005.

RODRÍGUEZ FONT, Mariola, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria: de la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, 2007.

SANDS, P. y PEEL, J. *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

SARMIENTO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SCHWARZE, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1992.

STERN, J. y WIENER, J. B., “Precaution Against Terrorism”, en *Journal of Risk Research*, N° 9:4, 2006.

SUNSTEIN, C. R., *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

UNESCO, Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST), 2005.

VON MOLTKE K., “The Vorsorgeprinzip in West German environmental policy”, en *Royal Commission on Environmental Pollution*, Twelfth report: Best practicable environmental options, Londres, H.M. Stationery Office, 1988.

WARES, J. y KREHBIEL, S. “Herd immunity won’t solve our Covid-19 problem”, en *The Conversation*, 16 de junio de 2020. Disponible en: <https://theconversation.com/herd-immunity-wont-solve-our-covid-19-problem-139724>

WIENER, J. B. and ROGERS, M. D., ‘Comparing precaution in the united states and Europe’, en *Journal of Risk Research*, N° 5 (4), 2002.

ZANDER, J. *The Application of the Precautionary Principle in Practice: Comparative Dimensions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

ZARTNER, D., *Courts, Codes, and Custom: Legal Tradition and State Policy toward International Human Rights and Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

20. PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

Resumen: El artículo refiere resumidamente el principio de primacía de la Constitución con relación al proceso de constitucionalización del Derecho Civil. Este proceso puede entenderse en un sentido propio como la incorporación de instituciones civiles al texto constitucional como fue la unión de hecho estable en el texto de 1999 (art. 77), como en un sentido amplio o impropio relativo a la necesaria interpretación de las instituciones y normas civiles a la luz de la Carta Fundamental.

Palabras claves: Constitucionalización, Derecho Civil Constitucional, primacía, instituciones, interpretación.

Abstract: This article refers to the principle of the primacy of the Constitution regarding the process of constitutionalization of Civil Law. This principle can be understood in its proper sense as the incorporation of civil institutions in the constitutional text, as it was the stable de facto union in article 77 of the Constitution, as a broad and improper sense related to the needed interpretation of civil institutions and norms in the light of the Constitution.

Key words: Constitutionalization. Civil Constitutional Law. Primacy. Institutions. Interpretation.

I. INTRODUCCIÓN

Por medio de las presentes líneas nos pasaremos brevemente por un tópico que hemos tocado en recientes oportunidades, a saber, la “*constitucionalización del Derecho Civil*”, también denominada, “*Derecho Civil Constitucional*”¹. Ello con ocasión de

* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Doctora en Ciencias, Mención “Derecho”. Profesora *Titular*. Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado. Correo electrónico: mariacandela1970@gmail.com

¹ Véanse nuestros trabajos: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. Editorial Jurídica Venezolana-Cidep. Caracas, 2018; “Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela”, *Jurisprudencia Argentina*. N° 13. Buenos Aires, 2018, pp. 12-35; “Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N° 10. Idibe. Valencia, 2019, pp. 52-91, <http://idibe.org>; “La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano”, *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, N° 15, Brasil, set/diez. 2019, pp. 93-136, <http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/928>. Véase también sobre el primero: Silva Aranguren, Antonio: “Recensión del libro Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)”, de María Candelaria Domínguez Guillén”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018, pp. 447-453, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-447-453.pdf>

participar en la conmemoración de las dos décadas de la Carta Fundamental de 1999. El principio de la supremacía de la Constitución es base fundamental de la figura de la constitucionalización, a la que nos referiremos de seguidas, tanto en su forma propiamente dicha, así como en su manifestación interpretativa o impropia. El instituto no es sino simple manifestación de la obvia y necesaria conexión entre el Derecho Privado y el Derecho Público², pues la Constitución, de la que forma parte de este último, preside e inspira todo el ordenamiento jurídico. Ninguna materia o asignatura escapa del alcance expansivo de la Carta Fundamental. De tal suerte que de ello no está fuera el Derecho Civil o Derecho Privado General.

En la génesis del Derecho Civil Constitucional subyace la idea de la incidencia de la Constitución en el Derecho Civil³. Esta premisa supone el examen de la Carta Fundamental como norma jurídica que, superando su mero carácter programático, tiene también eficacia directa e inmediata con verdadera supremacía en el ordenamiento jurídico, en el que se encuentra integrada como norma primera, fundamental o superior. Las normas constitucionales en materia civil no pueden verse como algo separado ni concebirse aparte del Derecho Civil, sino como infraestructura del mismo⁴.

La constitucionalización de instituciones del Derecho Privado deviene en que tal rama se ha publicitado⁵. Aparece así como en otras materias, el Derecho Civil Constitucional que ha de delimitarse a través del examen del contenido jurídico-civil presente en la Constitución⁶, el cual es ante todo Derecho Civil y no Derecho Constitucional. El *Derecho Civil Constitucional* es un Derecho Civil puro⁷, por lo que adoptamos tal denominación, así como su equivalente: “constitucionalización del Derecho Civil”. A ello, dedicaremos las siguientes líneas.

² Véase: Brewer-Carías, Allan R.: “La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo”, *Las formas de la actividad administrativa, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 23-73; Brewer-Carías, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*, Volumen I. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 33-34, 290-292, 688-696, 800-803; Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: *Reflexiones sobre la vinculación entre el ámbito competencial de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Derecho de fondo aplicable. A propósito -una vez más- de la sentencia de la SPA-CSJ Fetraeducación*, Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, Caracas, 2019, T. III, p. 2051, Y ello no podía ser de otra manera, una vez aceptada la interaplicación del Derecho Público-Derecho Privado en la actividad administrativa, como lo es en nuestros países.

³ Arce y Flórez-Valdés, Joaquín. *El Derecho Civil Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, reimp. 1991, p. 13.

⁴ *Ibid.*, pp. 18 y 19.

⁵ Duque Corredor, Román. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público, Temas Constitucionales*. Legis, Colombia, 2008, p. 10, como ocurre por ejemplo, con la regulación de los derechos familiares, económicos y sociales, y con las garantías del proceso. De modo que modernamente el Derecho Constitucional es fuente también del Derecho Privado, y éste debe desarrollarse legislativamente y ser interpretado conforme a los valores y principios constitucionales.

⁶ *Ibid.*, p. 39.

⁷ Véase: Rodríguez Piñero, M. “Las Bases Constitucionales del Derecho Privado”, *Derecho Civil Patrimonial*, Editores A. Bullard González y G. Fernández Cruz, PUCP, 1997, p. 30; Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional, ob. cit.*, pp. 70-71.

II. PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución ocupa una posición central en el ordenamiento jurídico, por lo que la relación entre Constitución y normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía sino de supremacía⁸. En la estructura sistemática y jerárquica de las normas, aquellas contenidas en la Constitución presentan sin duda un valor superior. Se alude así al principio de la primacía de la Constitución expresamente consagrado en el artículo 7 del texto de 1999, aunque de antigua data⁹: “*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*”¹⁰.

La supremacía de la Constitución se evidencia, por un lado, en que la Constitución, dentro del ordenamiento jurídico se desenvuelve como la fuente de las fuentes del Derecho. Es la *norma normarum*¹¹, al establecer el sistema de creación y reproducción de las normas jurídicas y además prevalecer por sobre todas las normas que existan o se creen dentro del ordenamiento jurídico. Por otro lado, tiene la peculiaridad de decretar la inconstitucionalidad de las leyes que se muestren incompatibles con ella, derogándolas y expulsándolas del ordenamiento. De tal manera, la Constitución, ya sea por el ente

⁸ Balaguer Callejón, María Luisa: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 42, la Constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico.

⁹ Véase: Hernández-Mendible, Víctor Rafael. “Prólogo” en Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional*, *ob. cit.*, pp. 11 y 14, La primera Constitución de Venezuela de 1811 estableció el principio de supremacía constitucional; Petzold Rodríguez, M. “Noción de supremacía constitucional, justicia y jurisdicción constitucional”, *FRONESIS Revista de Filosofía jurídica, social y política* N° 13, 3, Universidad del Zulia, FCJP, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando, Maracaibo, 2012, p. 380, en Venezuela, la idea de la Constitución como norma suprema y base del ordenamiento jurídico, se remonta al texto de la Constitución de 1811: Peña Solís, José. *Lecciones de Derecho Constitucional General*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008, Vol. I, T. I, p. p. 118, en las Constituciones anteriores se desprendía indirectamente. Véase también sobre dicho principio: Palomino Machego, J.F.. “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho: una visión desde el Perú”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* N° 58-59, p. 241; Del Rosario-Rodríguez, M. F. “La supremacía constitucional: naturaleza y alcances”, *Dikaion*, Universidad de la Sabana, 2011, <http://dikaion.unisabana.edu.co/in-dex.php/dikaion/article/view/1950/2506>.

¹⁰ Véase: Hernández-Medible, prólogo” en Domínguez Guillén, “*Derecho Civil Constitucional*”, *ob. cit.* p. 14, la reforma constitucional de 1999 procedió a reconocer al texto constitucional su condición de norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, así como un catálogo de derechos y de instituciones que se encontraban en la legislación ordinaria o incluso en tratados internacionales, produciéndose una mayor expansión de la constitucionalización del derecho, en sus distintas disciplinas jurídicas. Conforme a lo anteriormente expuesto es posible sostener que la República de Venezuela desde el momento mismo de su fundación, ha experimentado un permanente y renovado proceso de constitucionalización del Derecho, hecho este que resulta incontestable, sin perjuicio de la crítica que se puede formular a lo acertado o no de tal proceso; Ayala Corao, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad*. EJV, Colección Estudios Jurídicos N° 98, Caracas, 2012, p. 9, las declaraciones de derechos emprenden su viaje desde Europa hasta el resto del mundo. Este proceso se va a consolidar de inmediato con la constitucionalización de los derechos contenidos en esas declaraciones, siguiendo tal modelo en Venezuela en 1811.

¹¹ Peña Solís. *ob. cit.*, p. 191, es la norma suprema del ordenamiento o *norma normarum*; Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo Constitucional*, CIDEP-EJV, Caracas, 2017, p. 42.

que la creó o por el lugar que ocupa dentro del ordenamiento jurídico, siempre es vinculante y opera por sobre las demás normas jurídicas existentes¹².

La Constitución es norma jurídica: pero no una norma cualquiera, sino la norma fundamental, la de mayor rango, aplicable a la relación de los conflictos directamente, es decir, sin otra intermediación legislativa, y además por el principio de jerarquía, las que al contradigan deberán ser inaplicadas por todos los operadores jurídicos¹³.

El predominio indiscutible de la norma constitucional permite sujetar la interpretación de las instituciones a la Carta Fundamental, sin perjuicio de la procedencia de otros mecanismos formales que reflejan su posición superior, como es el caso de acciones que desembocan en la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes materiales. Pero no se precisa llegar a tales mecanismos formales de control de constitucionalidad para hacer valer con lógica el justo sitio del texto supremo.

Hemos seguido la tesis relativa a que la primacía de la Constitución en su proyección al ámbito del Derecho Civil puede revestir dos mecanismos, a saber, la constitucionalización propiamente dicha o en sentido estricto (incorporación de instituciones típicamente civiles al texto constitucional) o por otro lado, la constitucionalización interpretativa, en sentido amplio o impropia (interpretar las instituciones de Derecho Civil a la luz de la Carta Fundamental). Si bien, la expresión “constitucionalización” suele generalmente asociarse al primer supuesto, el segundo, no resulta menos importante, toda vez que figuras no incorporadas expresamente al texto constitucional, han de ser interpretadas bajo la óptica de los principios constitucionales. Lo cual permite una suerte de actualización o refrescamiento de instituciones al margen de modificaciones legislativas.

Veamos someramente cada uno de los supuestos indicados en el texto de 1999. El fenómeno había sido ampliamente tratado por la doctrina patria de Derecho Público, con especial referencia al Derecho Administrativo¹⁴, en particular por Brewer-Carías¹⁵ y

¹² Palomino Macheo: *ob. cit.*, p. 241.

¹³ Lois Puente, José Manuel. “Las normas jurídicas. Fuentes, interpretación, aplicación y eficacia general. Parte Segunda, las Fuentes del Derecho”, *Instituciones de Derecho Privado*, T. I, Personas, Vol. I, (Coord. J. A. Martínez Sanchiz y Coord. General J.F. Delgado de Miguel), Consejo General del Notariado/Civitas, Madrid, 2003, p. 82.

¹⁴ Véase resumen sobre el tema en Derecho Administrativo: Hernández-Mendible, (“Prólogo”) de: Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional...*, *ob. cit.*, pp. 9-22.

¹⁵ Véase *ibid.*, pp. 17 y 18, notas 35 a 40, cita entre otras tantas todas de Brewer-Carías, Allan R. “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela”, *Revista de Derecho Público* N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 5-19; *Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, pp. 215-231; “El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia”, *Revista de Derecho Público* N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 47-59; “Marco constitucional del Derecho Administrativo en Venezuela”, (Coord. Víctor Hernández-Mendible), *Derecho Administrativo Iberoamericano*, T. 1, Paredes Editores, Caracas, 2007, pp. 183-220; Brewer-Carías, Allan R. y Hernández-Mendible, Víctor R. *Bases constitucionales del derecho administrativo y del proceso contencioso administrativo en República Dominicana*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Santo Domingo, 2016. Vale agregar también de Brewer-Carías, A.: “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en la República Dominicana”, Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Dr. Raimundo Amaro Guzmán”, Rodríguez-Arana Muñoz, J.; Rodríguez Huertas, O. A.; Sendín García, M.A. y S. T. Castaños Guzmán (Editores): Asociación Dominicana de Derecho Admi-

Araujo-Juárez¹⁶. Este último autor alude así a Derecho Administrativo Constitucional¹⁷. De nuestra parte, en forma equivalente también nos referiremos a “Derecho Civil Constitucional” o “constitucionalización del Derecho Civil”¹⁸. Fenómeno o proceso que es simple derivación o consecuencia del principio de primacía de la Carta Magna.

Así, indica Llamas Pombo que se ha producido una verdadera “constitucionalización” del Derecho Civil en distintos aspectos: por una parte, supone la entrada en la Constitución de materias e instituciones propias del Derecho Civil, tradicionalmente tratadas por los civilistas (persona, bienes, familia) lo que puede determinar la inmediata inconstitucionalidad sobrevenida de algunos preceptos legales. En segundo lugar,

nistrativo (ADDA). Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS). Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Panamá, 2015.

¹⁶ Véase: Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo Constitucional*, ob. cit., (también citado por Hernández-Mendible, “Prólogo”..., Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional*, ob. cit., p. 18, nota 41).

¹⁷ Araujo-Juárez. *Derecho Administrativo Constitucional*, ob. cit.; Araujo-Juárez, J. “Derecho Administrativo Constitucional, Sistemas de Relaciones, Interferencias y Complementariedad”, *Revista Tachirense de Derecho*, Universidad Católica del Táchira, 3/2017, ed. digital, pp. 75 y 76, el punto de partida sobre el denominado Derecho administrativo constitucional ha de ser necesariamente la Constitución. En efecto, un hecho importantísimo en el Ordenamiento jurídico de Venezuela lo constituye la aprobación de la Constitución del año 1999, fruto de un arduo proceso constituyente que influye en la sistemática y contenido del Derecho administrativo venezolano. Ahora, si partimos del hecho que en el concepto normativo moderno la Constitución es a la vez: (i) El cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del Ordenamiento jurídico o el “conjunto de normas de rango superior a cualquier otra”; y (ii) la “fuente de las fuentes del Derecho”, ya que todas las demás se deben adaptar a ella, tanto en su proceso de formación, como en cuanto a su contenido, de tales premisas resulta un fenómeno o proceso de constitucionalización del Derecho, es decir, una irrigación de todo el Ordenamiento jurídico por la Constitución. Por tanto, la Constitución constituye la fuente primera, fundamental de todas las disciplinas del Derecho.

¹⁸ Véase entre otros: Saghy, Pedro: “Reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Civil”, *Boletín de la ACIENPOL* N° 146, Caracas, 2008, pp. 497-514; Arce y Flórez-Valdés, ob. cit., in totum; Hesse, K.: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cuadernos Civitas-Thomson Reuters, Reimpresión de la 1ª ed. de 1995, Madrid, 2016, Trad. e Introducción de I. Gutiérrez Gutiérrez; Alferillo, P.: “El proceso de constitucionalización del Derecho Civil”, *Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado*, N° 1, Año 1, 2013, <https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/49>; Gutiérrez Santiago, P. “La constitucionalización del Derecho Civil”, *Estudios de Derecho*, Vol. 68, N° 151, Universidad de Antioquia, 2011, pp. 53-86, <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/10090>; Perlingieri, P. *El Derecho en la legalidad constitucional. Según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Dykinson, Madrid, 2008, Traducción y comentarios a la 3ª edic italiana coord. por A. Luna Serrano y C. Maluquer de Motes y Bernet; Perlingieri, P. “Por un derecho civil constitucional español”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, N° 1, 1983, pp. 1-16; Corral Talciani, Hernán: “Constitucionalización del Derecho Civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno”, *Derecho Civil Constitucional*, Coord. C. Villabela Armengol, L. B. Pérez Gallardo y G. Molina Carrillo, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla-Grupo Editorial Mariel S. C., Universidad de la Sabana, México, 2014, pp. 1-16; Landa Arroyo, C. “La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites”, *Themis 66 Revista de Derecho*, PUCP, 2014, pp. 309-327; Ariza, A. “Aspectos constitucionales del Derecho Civil”, *Trabajos del Centro*, Centro de Investigaciones en Derecho Civil, Rosario, 1995, pp. 57-63; Arrubia Paucar, J. A. “La constitucionalización del Derecho Privado”, *Nuevo Derecho*, Vol. 5, N° 7, Envigado/Colombia, Jul.-Dic. 2010, pp. 47-73; Barber Cárcamo, R. “La Constitución y el Derecho Civil”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* N° 2, La Rioja, 2004, pp. 39-52; Favoreu, L. J.: “La constitucionalización del Derecho”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XII, Agosto 2001, <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php>; Quinche-Ramírez, M.F. “La constitucionalización y la convencionalización del Derecho en Colombia”, *Revista Jurídicas*, 13 (1), 2016, pp. 43-63; Mantilla Espinosa, F. “La constitucionalización” del Derecho Privado”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1/2, 2007, pp. 245-262;

existe un factor de influencia de la Constitución sobre el Derecho Civil, que deriva del reconocimiento constitucional de numerosos principios que han obligado a revisar todo el ordenamiento jurídico privado. En tal sentido, la Constitución ha ocupado un papel motor de cambio, de energía renovadora del Derecho Civil¹⁹.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN PROPIAMENTE DICHA O EN SENTIDO ESTRICTO

La constitucionalización propiamente dicha o en sentido estricto se presenta en términos muy simples como la incorporación de instituciones o figuras de rango legal expresamente al texto constitucional. Es decir, el Constituyente incluye en determinadas normas constitucionales aspectos que bien podrían ser regulados en una ley, pero que sin embargo, prefiere referir expresamente bajo el carácter de norma suprema. Con ello, le confiere al instituto en cuestión un peso superior al común, porque no podrá ser suprimido por normas jerárquicamente inferiores.

Así planteado, salta a la vista que la figura ha de ser utilizada en forma comedida y restringida, pues no es tarea del Constituyente incorporar al texto fundamental todas las figuras o instituciones típicas de determinada materia. Primeramente, porque ese no es el sentido y el fin de las normas constitucionales. Y en segundo término porque la Carta Magna no cuenta con espacio material suficiente para incorporar la multiplicidad de instituciones civiles o de otra materia que se pudieran pretender²⁰.

Si nos ubicamos en el ámbito del Derecho Civil, podemos decir por ejemplo, que en la Constitución de 1999 varias instituciones civiles fueron incorporadas expresamente al texto fundamental, conformando un claro ejemplo de constitucionalización en sentido propio o propiamente dicha. Tal fue el caso del artículo 77 que dispone: “*Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio*” (Destacado nuestro). La incorporación de la unión de hecho estable o unión concubinaria al texto constitucional fue un ejemplo típico de constitucionalización de una institución civil, que, curiosamente, ha sido escuetamente regulada en el Código Civil. El asunto causó conmoción en la doctrina que criticó tal incorporación constitucional, clamando por la necesidad de desarrollo legislativo, pretendiendo desconocer el contenido de la norma, llegándose incluso a afirmar su sentido programático. La amplitud y complejidad del tema, la hemos intentado referir en otras oportunidades²¹. Pero lo cierto es, que no solo el matrimonio está

¹⁹ Llamas Pombo, Eugenio. *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2002, p. 117.

²⁰ Casal, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional. (Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna)*, UCAB, Caracas, 2000, p. 33, no es tarea del Constituyente realizar una regulación detallada de las materias que aborde, pues el texto fundamental ha de ser realista y modesto; Sagués, Nestor. *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 61, las Constituciones modernas incluyen temas típicos de otras áreas, normalmente de contenido “subconstitucional” (comercial, laboral, civil, etc.). Tal decisión del Constituyente es legítima si es ejercida con prudencia porque equivale a “constitucionalizar” dichas áreas.

²¹ Véanse nuestros trabajos y la bibliografía allí citada: *La unión de hecho estable o unión concubinaria en Venezuela*, Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 11, IDIBE, agosto 2019, pp. 352-401,

referido en la norma constitucional, sino una figura que el Constituyente pretendió calcar a semejanza de éste, a saber, la unión de hecho estable. La sentencia líder de la materia de la Sala Constitucional (1682/2005) indicó los efectos comunes que compartía la unión estable con el matrimonio. Tiempo después, la misma Sala descartó que la unión homosexual podría quedar amparada en la norma constitucional (190/2008) pues la citada disposición se refiere expresamente a un hombre y una mujer²², aunque recientemente la Sala alude a familia homoparental²³.

Otro ejemplo de constitucionalización en el ámbito civil fue la incorporación de las facultades del derecho patrimonial por excelencia al texto de la Carta Fundamental. Indica el artículo 115 de la Constitución de 1999: “*Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes*” (Destacado nuestro). La referencia expresa a las facultades del derecho de propiedad se perfila ciertamente como un caso típico de constitucionalización propiamente dicha. Si bien la vigente disposición constitucional cambia la expresión “función social” del texto de 1961 por “utilidad pública e interés general”, se admite que ciertamente subyace en el texto actual la “función social”²⁴. Se aprecia referencia expresa a los derechos económicos

<http://idibe.org>; “Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho* N° 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005 (abril), pp. 215-247; “Más sobre las uniones estables de hecho (según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)”, *Revista de Derecho* N° 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 133-167. Véase sobre Colombia: Hernández-Mendible, Víctor Rafael: “La constitucionalización de la unión marital de hecho a través de la jurisprudencia”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-III edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 913-956.

²² Véase: Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999*, edit. Arte, 2ª ed., Caracas, 2000, *cit.*, p. 178, refiere que la norma precisa que las uniones estables entre hombre y mujer que cumplan los requisitos de ley que cumplan los mismos efectos que el matrimonio. Se dispuso así, toda duda sobre la posibilidad de que pudiese consolidarse legislativamente en Venezuela, matrimonio o uniones estables que no sea entre hombre y mujer; Domínguez Guillén, María C.: “Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana”, *Revista Cuestiones Jurídicas*, Vol. VII, N° 1, Universidad Rafael Urdaneta, 2013, pp. 11-40, www.revistas.uru.edu.

²³ Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 1187 de 15-12-16.

²⁴ Véase: Villegas Moreno, J. L. “El derecho de propiedad en la Constitución de 1999”, *Estudios de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo, Tribunal Supremo de Justicia, Vol. II, Caracas, 2001, pp. 569-573, en relación con la consagración del derecho de propiedad en la Constitución de 1999, respecto a la de 1961, hemos de observar que no se establece que la propiedad privada tiene una función social. Se enumeran los atributos del derecho de propiedad (uso, goce, disposición), que era materia de rango legal. En cuanto a la expropiación se exige que el pago de la justa indemnización sea oportuno. La mayoría de las constituciones latinoamericanas tienen un contenido similar en cuanto a este sometimiento a la propiedad a esta función social. El artículo 115 de la Constitución de 1999 con referencia a la propiedad privada dice que la misma estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que determine la ley “con fines de utilidad pública o de interés general”. A diferencia de la Constitución de 1961 que utilizaba la terminología “función social de la propiedad” encontramos que el Constituyente acude a dos conceptos jurídicos indeterminados para establecer las limitaciones a la propiedad privada: utilidad pública e interés general. Pero de cualquier forma creemos que subyace en la norma constitucional la cláusula de la función social de la propie-

(arts. 112 al 118²⁵) y otras normas relativas al ámbito de Bienes y Derechos Reales²⁶ o Derecho de Bienes²⁷.

Hay otros ejemplos de derechos personalísimos²⁸ incorporados expresamente al texto constitucional que hemos referido (no obstante el carácter enunciativo de los derechos²⁹), tales como la distinción que incorporó el artículo 60 constitucional entre pri-

dad. Creemos que las Constituciones modernas han seguido, en relación a la cláusula de la función social de la propiedad, la fórmula contenida en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, artículo 14, apartado 2, que dice: “La propiedad obliga, y su uso debe servir al mismo tiempo al bienestar general”. Esto significa el reconocimiento de que el derecho de propiedad no está puesto exclusivamente al servicio del interés de su titular, sino que entraña el reconocimiento de que en la situación de propiedad se concitan o pueden reconocerse otros intereses distintos y un interés público general. A esta óptica, que entiende la función social como un límite externo, se contraponen, según Rodríguez-Arias, otra dirección doctrinal, que al autor le parece más acorde con la disciplina surgida del constitucionalismo social, que considera la función social como interiorizada en el derecho, que, a partir de este momento, no es sólo un conjunto de facultades suficiente o convenientemente delimitadas, sino también una fuente de especiales deberes de conducta que recaen sobre el propietario. Se encuentra en esta línea, sobre todo, la limitación que puede imponerse al goce de la propiedad en atención al destino económico asignable a los bienes. En el sistema absolutista de la propiedad, propio de la tradición liberal, determinar el destino económico del bien era obra de la acción individual del propietario; Fernández, Gerardo en el epílogo del libro: Pereira Pizani, Isabel y Quiñones Rafael: *Por un país de propietarios*. Cedice Libertad. Caracas, 2016, p. 198, la propiedad, en Venezuela se ha regulado, como un derecho limitado, desde 1914 y hasta el vigente artículo 115 de la Constitución de 1999, la cual les dio rango constitucional a sus atributos (“uso, goce, disfrute y disposición”), que pueden ser limitados en atención a la función social -noción que se introduce en la Constitución de 1947- y el interés público. Véase también: TSJ/SConst., Sents. N° 1178 de 13-8-09; N° 403 de 24-2-06; N° 881 de 26-6-12; N° 2855 de 20-11-12.

²⁵ Libertad de empresa (art. 112), prohibición de monopolios (art. 113), delitos económicos (art. 114), prohibición de confiscación (art. 116), protección al consumidor (art. 117), cooperativas de trabajadores (art. 118).

²⁶ Véase con relación a la propiedad los artículos 55, 307, y 119. Los derechos intelectuales, artículos 98 y 124. Se aprecia referencia a costas marinas, yacimientos mineros y de hidrocarburos (art. 12), las aguas (art. 304), acciones de Petróleos de Venezuela (art. 303), las armas de guerra (art. 324), los ejidos (art. 181).

²⁷ Véase: Pérez Fernández, C. y M. C. Domínguez Guillén. “El Derecho de Bienes en Venezuela”, *Jurisprudencia Argentina* 2017-I, N° 8, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, pp. 15-23. Véase también: De la Rosa, D. “Constitucionalización del Derecho Privado y sus implicancias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en especial los derechos reales”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP*, Año 14 / N° 47 – 2017, pp. 690-709, http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/66104/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁸ Véanse nuestros: “Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 119, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 17-44; “Los derechos de la personalidad: breve referencia a su proyección constitucional”, “Cuestiones Jurídicas”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdeneta*, Vol. 11, N° 1, enero-junio 2017, pp. 39-65, <http://200.35.84.134/ojs-2.4.2/index.php/cj/article/view/481>. Véase indicando que tales derechos pueden estudiarse desde la perspectiva del Derecho Público y del Derecho Privado. Véase también: De Verda y Beamonte, J. R.: “Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Revista Boliviana de Derecho* N° 23, Enero 2017, p. 59, propone una categoría única y transversal, la de los “derechos fundamentales de la personalidad”, en la que confluyan las dos visiones clásicas del fenómeno, aunque los constitucionalistas aludan a derechos fundamentales y los civilistas a los derechos de la personalidad.

²⁹ Derivada de la cláusula enunciativa en materia de derechos de la persona (art. 22) que data del texto constitucional de 1858. Véase: Brewer-Carías, Allan R. *Principios Fundamentales de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Cuadernos de la Cátedras Allan R. Brewer-Carías N° 17, Universi-

vacidad e intimidad, así como la referencia expresa a la “imagen”, o el artículo 128 relativo a la autodeterminación informativa; el artículo 59 que refiere además del nombre civil y la inscripción en el Registro del Estado Civil, la necesidad de coincidencia entre filiación legal y biológica, sin perjuicio de que la propia Carta Magna admita excepciones como la adopción. Lo mismo vale decir de los incapaces de obrar (arts. 78,79 y 80)³⁰ y discapacitados (art. 81)³¹. Ello amén de que algunas figuras estudiadas en Derecho Civil, como el concebido, sufrieran un cambio de redacción no sustancial en la Constitución vigente, dado el carácter irreversible de los derechos humanos³². Se aprecian múltiples instituciones civiles que encontraron expresa referencia en normas de la Constitución de 1999³³. En tal caso, se alude a la constitucionalización de tales figuras, las cuales adquieren un valor superior e imperativo, que debe ser respetado por reformas o normas legales o sublegales.

La constitucionalización del Derecho Civil en el estricto sentido de incorporar institutos característicos de la materia tuvo un espacio en la Constitución de 1999. Así lo ha evidenciado tangencialmente la propia doctrina de Derecho Público al referirse a instituciones civiles³⁴. La constitucionalización propiamente dicha depende de la voluntad de Constituyente. La que veremos de seguidas es obligación del intérprete.

dad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, pp. 129-132; Martínez, A. Y. e I. Faría Villareal; “La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana”, *Revista de Derecho* N° 3, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 133-151. Véanse también nuestros trabajos: “Panorama de los Derechos de la persona en las distintas Constituciones de Venezuela”, *Revista de Derecho de la Defensa Pública* N° 2, Caracas, 2016, pp. 55-88; Domínguez Guillén, M.C.: “Primacía de la persona en el orden constitucional”, *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara*, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, *cit.*, pp. 309 y 310.

³⁰ Véase nuestro: “La protección constitucional de los incapaces”, *Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*. Colección Libros Homenaje N° 7. Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 609-658.

³¹ Véase ambos de Torrealba Sánchez, Miguel Ángel y María C. Domínguez Guillén: *Aspectos generales del régimen legal de la discapacidad (especial referencia al autismo)*, Revista de Derecho N° 34. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2012, pp. 157-186; *Régimen legal de la discapacidad en Venezuela (especial referencia al autismo)*, *Personas con discapacidad: miradas jurídicas en clave convencional*, L. Pérez Gallardo (Director), C. A. Agurto Gonzáles, S. L. Quequejan Mamani y B. Choque Cuenca, (Coord), Biblioteca de Derecho Privado en América Latina, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pp. 13-43.

³² Véase nuestro trabajo: “Situación del nasciturus en la Constitución de 1999”, *Libro Homenaje a Enrique Tejera París*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008, pp. 133-56. Véase también: Ribeiro Sousa, Dilia María: “Situación Jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961)”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 118, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, p. 290; Correa Martín, María Alejandra: “La progresividad e interrelación de los derechos, una conciliación necesaria en la evolución jurídica”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, T. IV, Caracas, 2019, pp. 2825-2842, especialmente p. 2837.

³³ Véase nuestro: “Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999”, *El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*. Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Nuñez, Abogados, Caracas, 2003, T. I, pp. 215-265.

³⁴ Véase nuestra reseña de: *Allan R. Brewer-Carías y el Derecho Civil, Ochenta años de Allan R. Brewer-Carías*, miembro fundador de AVEDA, 10 pp. <http://www.aveda.org.ve/80-abc/>. Así mismo pue-

IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EN SENTIDO AMPLIO, INTERPRETATIVA O IMPROPIA

La modalidad de constitucionalización antes citada, si bien es la tradicionalmente referida cuando se alude al término, no luce como la más frecuente ni la más importante. Ello, pues es obvio que, si el Constituyente decide incorporar un instituto a su texto, no queda mucho que discutir al doctrinario o al legislador, salvando el supuesto excepcional de que una norma del texto constitucional contraríe un “principio” de la propia Carta Fundamental.

Se presenta entonces una forma más sencilla y común de constitucionalización del Derecho Civil o de cualquier otra materia, a saber, interpretar las normas en general, de cualquier rango (legal, reglamentario, etc.) a la luz de la constitucionalidad derivada de la Carta Fundamental. Ello ciertamente es producto del principio de la supremacía de la Constitución, que se impone jerárquicamente y no como una simple idea teórica.

De tal suerte que, aunque una norma no haya sido declarada formalmente por el ente competente como contraria a la Constitución, el intérprete está en la necesaria obligación de cuestionarse su constitucionalidad como fase necesaria en el proceso de interpretación. El control concentrado de la constitucionalidad que hace el máximo ente, así como el control difuso de la misma que hace el Juzgador, son manifestaciones de la supremacía de la Carta Magna³⁵. Esto pues, entre los elementos a considerar en la interpretación normativa se ubican el: gramatical, lógico o teleológico, sociológico, histórico y *sistemático*. Este último permite contrastar la disposición a interpretar como parte de un “sistema” normativo en que la Constitución es la norma suprema o fundamental³⁶.

El rango de norma suprema que tiene la Constitución se pone de manifiesto tanto en la fase de elaboración de las leyes como en la fase de su interpretación y aplicación, que exige tenerla en cuenta para contrastar con ella los resultados obtenidos, y como directiva de sus búsquedas. Cualquiera que sea el intérprete, público o privado, judicial o

de verse sobre los Derechos Civiles: Peña Solís, José: *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano, Los derechos civiles*, Edit. Paredes, Caracas, 2012, pp. 39-43.

³⁵ Véase: Suárez-Manrique, W. Y. “La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Vniversitas* N° 129, Colombia, 2014, p. 323, La garantía de la Constitución implica, por su parte, que debe haber órganos y procedimientos que pretendan hacer valer la supremacía de la Constitución. En el ordenamiento jurídico, diferentes actores están encargados de la tarea de velar por la supremacía constitucional. Bien sea de forma directa o indirecta, mediante acciones de tutela o amparo, o acciones de inconstitucionalidad o de revisión constitucional, bien se trate de controles difusos, concentrados, especializados o generales, lo importante es que se hayan establecido procedimientos y órganos para respetar las posibles infracciones al contenido constitucional; Fariás Rodríguez, M. G. “Control difuso y control concentrado de la constitucionalidad de las leyes”, *Revista de Derecho Constitucional* N° 9, enero-diciembre 2004, pp. 159-187; Haro, J. V.: “El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad”, *Revista de Derecho Constitucional* N° 4, enero-julio 2001, pp. 275-287; Haro García, J.V. “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión”, *Revista de Derecho Constitucional* N° 9, enero-diciembre 2004, p. 253; Brewer-Carías, Allan R. “Bases del sistema concentrado de justicia constitucional”, *Revista de Derecho Público* N° 52, octubre-diciembre 1992, pp. 25-39.

³⁶ Véase nuestros: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011, p. 34; *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, TSJ, 3ª edic., Caracas, 2010, p. 747; “Sobre la noción de Derecho Civil”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello* N° 62-63 2007-2008, 2010, pp. 96 y 97.

administrativo, deberá acomodarse a los principios y reglas constitucionales. Su fundamento *general* se encuentra en la apreciación del ordenamiento como unidad; el *especial*, reside en la primacía de la Constitución que constituye el contexto *dominante* o *necesario* en toda interpretación³⁷.

Si partimos del valor normativo de la Constitución, como la primera de las normas que integran el ordenamiento jurídico, encontramos que afecta nada menos el sistema de fuentes formales de Derecho, pues determina los criterios de validez y obligatoriedad de las leyes y reglamentos. La primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento condiciona también la labor interpretativa de las leyes civiles³⁸.

La Constitución ha penetrado en todas las áreas del Derecho, pues la interpretación, como proceso complejo necesario a la aplicación del Derecho, debe tener por norte el carácter superior de las normas y principios constitucionales³⁹. Todos los jueces están obligados a interpretar las normas la luz de la Constitución, en su diario trajinar. Lo que comporta que la Sala Constitucional luce como intérprete máximo, mas no exclusivo, del texto constitucional, tal como se colige del art. 335⁴⁰. La Constitución como norma rectora y superior debe ser guía en la interpretación de normas de rango inferior⁴¹ en materia de Derecho Privado General⁴². Se alude a las bases constitucionales del Derecho Privado⁴³ o la eficacia normativa material de la Constitución en el Derecho Privado⁴⁴. La expresión “constitucionalización del Derecho Privado” supone la posibilidad de aplicar las normas de carácter constitucional sin necesidad de realizar una reglamentación de ellas⁴⁵, pues se ha superado el carácter meramente programático de las normas constitucionales.

³⁷ De la Higuera González, Luis María y otros: “Las normas jurídicas. Fuentes, interpretación, aplicación y eficacia general. Parte Tercera. Interpretación y aplicación de las normas”, *Instituciones de Derecho Privado*, T. I, Personas, Vol. I, (Coord. J. A. Martínez Sanchiz y Coord. General J.F. Delgado de Miguel), Consejo General del Notariado/Civitas, Madrid, 2003, p. 246 (cursivas originales).

³⁸ Llamas Pombo: *ob. cit.*, p. 120, se debe exigir una reinterpretación conforme a la propia Constitución de instituciones y principios asumidos en la esfera de nuestra disciplina. La Constitución representa el contexto necesario de todas las normas jurídicas a efectos de aplicación e interpretación, que da un nuevo sentido al sentido y finalidad de esas normas.

³⁹ Domínguez Guillén: “Trascendencia de”, *ob. cit.*, p. 54.

⁴⁰ Véase: Casal, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional. (Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, p. 83.

⁴¹ Rodríguez Piñero. *ob. cit.*, p. 35, la Constitución debe ser guía de interpretación de las normas a ellas subordinadas.

⁴² Merino Acuña, R. A.. “La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado”, *El Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, T. C. Guía 2, Gaceta Jurídica, Perú, 2009, pp. 51-61; González Dávila, R: *La constitucionalización del derecho privado y la acción de protección frente a particulares*, https://www.inredh.org/archivos/.../accion_proteccion_particulares_richardgonzales.p... resulta evidente que los efectos de la constitucionalización del Derecho Privado mediante el efecto directo, indirecto y el deber de protección de los derechos constitucionales frente a particulares, existentes en nuestro ordenamiento jurídico, no son distintos, sino complementarios, dando como resultado en su conjunto accionar que la línea fronteriza entre el Derecho Público y el Derecho Privado desaparezca.

⁴³ Véase: Rodríguez Piñero: *ob. cit.*, pp. 23-37.

⁴⁴ Merino Acuña: *ob. cit.*, p. 47.

⁴⁵ Arévalo guerrero, I. H.: I. H. *Bienes Constitucionalización del Derecho Civil*, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., Colombia, 2017, p. 31.

La constitucionalización no solo ha de entenderse como la incorporación de derechos o instituciones al texto fundamental normativo, sino también como instituidora de reglas y principios que poseen materialidad informadora de todo el ordenamiento jurídico⁴⁶. Hemos seguido así la tesis que postula que la expresión constitucionalización también supone entonces la imperiosa necesidad de interpretar las normas conforme a la Constitución. En el ámbito específico del Derecho Civil, tuvimos oportunidad de pasearnos por ejemplos de tal supuesto en las diversas asignaturas, tales como Derecho de la Persona y Derecho de Familia (de contenido extrapatrimonial) como en el área de Derecho de Bienes y Derecho de Obligaciones (de contenido patrimonial). En muchas de las instituciones de cada una de tales materias, el intérprete podrá encontrar normas constitucionales que apoyan una determinada interpretación del Derecho Civil⁴⁷.

Así por ejemplo, en materia de Derecho de la Persona o Derecho Civil I, se evidencia su conexión constitucional porque el Derecho existe por y para la persona⁴⁸. Múltiples instituciones han sido referidas por decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Lo que denota que, al margen de estar de acuerdo con la respectiva interpretación, es indudable que las figuras civiles mal pueden prescindir de la Carta Fundamental. Vale citar entre otras tantas, por ejemplo, las asociadas al nombre (art. 56⁴⁹), patria potestad⁵⁰ o edad mínima para contraer matrimonio⁵¹.

En materia de Derecho de Familia vale citar entre otras tantas, la insólita posibilidad de sostener el reconocimiento del hijo de la mujer casada por un tercero distinto al cónyuge⁵², la impugnación de la paternidad por un sujeto distinto al cónyuge de la madre⁵³, la admisión de la inseminación *post mortem* del difunto esposo de la madre⁵⁴. El

⁴⁶ Carvalho de Vasconcelos, R. “Constitucionalização e Direito Internacional Privado no Brasil”, *Rev. Secr. Trib. perm.*, Año 4, N° 7, Mayo 2016, pp. 187 y 188.

⁴⁷ Véase nuestro: *Derecho Civil Constitucional...*, *ob. cit.*, pp. 83 y ss.

⁴⁸ Domínguez Guillén: “Primacía de”, *ob. cit.*, pp. 299-320.

⁴⁹ Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 1710 de 18-12-15; TSJ/SConst., Sent. N° 767 de 18-6-15; TSJ/SConst., Sent. N° 1020 de 11-08-00

⁵⁰ Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 1763 de 14-8-07; TSJ/SConst., Sent. N° 284 de 30-4-14.

⁵¹ Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 1353 de 16-10-14, Anuló parcialmente el artículo 46 CC que establecía 14 años para la mujer y 16 para el varón; Arteaga Flamerich, M. F.: “El matrimonio y la nulidad parcial del artículo 46 del Código Civil”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018, pp. 339-365, www.rvlj.com.ve

⁵² Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 1443 del 14-8-08 incluyendo voto salvado; Varela Cáceres, E. L.: “La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008”, *Revista de la FCJP* N° 134, UCV, Caracas, 2009, pp. 219-269.

⁵³ TSJ/SConst., Sent. N° 868 de 8-7-13.

⁵⁴ Cercenando el derecho de todo hijo a tener un padre y una madre. Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 1456 de 27-7-06; Martínez S., H. J.: “Fertilización post mortem”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018, pp. 367-396, www.rvlj.com.ve. Véanse nuestros trabajos: “Breve referencia a la filiación post mortem”, *Revista de la FCJP* N° 134, UCV, Caracas, 2009, pp. 195-217: “Breves notas sobre reproducción asistida y bioética en Venezuela”, En: *La protección multinivel de los derechos fundamentales en Europa y en América Latina*, a cura di Angelo Vigliani Ferraro, Pubblicazioni dell’ Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, 26, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2018 pp. 191-204. Véase también referencia a la reproducción artificial, citada supra: TSJ/SConst., Sent. N° 1187 de 15-12-16, el respectivo voto salvado “...esta Sala Constitucional ha debido centrar sus análisis en el reconocimiento del derecho de toda persona, en especial de todo niño o niña, a cono-

divorcio ha sido sustancialmente modificado por las decisiones de la Sala Constitucional en lo atinente al procedimiento del artículo 185A del CC⁵⁵, la no taxatividad de las causales de divorcio del artículo 185 del CC⁵⁶, el desafecto o incompatibilidad de caracteres⁵⁷ y la atribución de competencia a los jueces de Municipio asignada originalmente a los jueces de paz comunal⁵⁸ por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal⁵⁹.

En lo que atañe al *Derecho Sucesorio*, por su triple vinculación con la persona, la familia y el patrimonio, tampoco puede estimarse inmune a la influencia constitucional⁶⁰. El valor justicia, con expresa consagración constitucional, bien puede encontrar justificación en algunas instituciones del Derecho de Sucesiones, tales como la legítima y el orden legal de suceder⁶¹. La libertad se evidencia en el acto testamentario como manifestación de la libre autonomía de la voluntad. Pueden citarse algunas decisiones de la Sala Constitucional de la materia como la vocación hereditaria de la concubina (1682/2005 citada supra), la nulidad parcial del artículo 845⁶² del CC, la herencia yacente⁶³ y el acceso a la declaración de únicos y universales herederos con el acta respec-

cer y que sea legalmente reconocida su identidad como parte fundamental de su personalidad, y, no, en interpretar el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...” (destacado nuestro).

⁵⁵ TSJ/SConst. Sent. N° 446 de 15-5-14; Espinoza Melet, M. A.: “La transformación del artículo 185-A del Código Civil”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 4, Caracas 2014, pp. 233-250.

⁵⁶ TSJ/SConst., Sent. N° 693 de 2-6-15; Varela Cáceres, E. L.: “La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia N° 693 de fecha 2 de junio de 2015)”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 6, Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, 2016, pp. 145-190; Sanquirico, F.: “El principio *expressio unius est exclusio alterius* en el artículo 185 del CC y la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Correa Rampersad, Derecho y Sociedad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, 12, UMA, Caracas, Noviembre 2016, pp. 239-248.

⁵⁷ Véase todas del TSJ/SConst., Sent. N° 1710 del 18-12-15; N° 1070 de 9-12-16; Sent. N° 0276 de 16-8-19; Sent. N° 2 de 30-1-19.

⁵⁸ TSJ/SConst., Sent. 1710 de 18-12-15.

⁵⁹ G.O. N° 39.913 de 2-5-12, artículo 8, ord. 8. Véase calificando la norma de “inconstitucional” por tratarse de un asunto de orden público: Pellegrino Pacera, C. G.: “Algunos comentarios sobre la (in)constitucionalidad de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de Paz Comunal”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 2, Caracas, 2013, p. 318.

⁶⁰ Arce y Flórez-Valdés: *ob. cit.*, p. 78, la Constitución española reconoce el Derecho a la herencia; Hesse, K.: *Derecho Constitucional*, *cit.*, p. 86, cita la herencia, la propiedad, la libertad contractual y de asociación como garantías que precisan ser más desarrolladas por el Derecho Privado.

⁶¹ Véanse nuestros trabajos: *Manual de Derecho Sucesorio*, RVLJ, Caracas, 2ª edic., 2019, www.rvlj.com.ve; *Perspectivas del Derecho Sucesorio Venezolano*, “Hacia un nuevo Derecho de Sucesiones”, Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, pp. 253-294; “La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa”, *Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil, Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés*. Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française, Coord: José J. Annicchiarico, S. Pinto y P. Saghy, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 63-89; *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios N° 2, Centro Latinoamericano de Estudios e Instituciones Jurídicas (Cenlae), Caracas, 2019, pp. 269-312.

⁶² Véase: Sent. N° 1342 de 9-10-12.

⁶³ Véase: TSJ/SConst., Sents. N° 2538 de 8-11-04; N° 1234 de 13-7-01.

tiva del estado familiar sin precisarse trámite alguno administrativo⁶⁴. La eliminación del carácter punible al adulterio⁶⁵ deriva en que, en materia de “indignidad” sucesoral o de obligación alimentaria, su prueba debe acontecer en sede civil⁶⁶.

En materia patrimonial, en lo atinente a la consideración de normas constitucionales que pueden inspirar interpretaciones válidas, por ejemplo, en las Obligaciones, hemos expresado que el valor constitucional de justicia (arts. 1 y 2) pueden servir de base para la procedencia de figuras como la corrección monetaria, la teoría de la imprevisión, la compensación, la prohibición de enriquecimiento sin causa, la excepción de incumplimiento y el deber de no dañar a los demás⁶⁷. Porque la justicia mal puede verse como una abstracción que no tenga aplicación efectiva en materia de interpretación patrimonial⁶⁸. La protección del crédito tiene expresa consagración constitucional mediante la tutela judicial efectiva (art. 26)⁶⁹. También se alude a “constitucionalización” del Derecho de daños, porque la Carta Magna protege a la persona en la contratación y la relación obligatoria⁷⁰. La incidencia de la constitucionalización del Contrato es una consecuencia de la más vasta constitucionalización del Derecho Civil⁷¹. Se alude así a “justicia contractual”⁷². La justicia general no es justicia, por lo que el poder judicial

⁶⁴ Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 242 de 9-4-14.

⁶⁵ Véase: TSJ/SConst., Sent. 738 de 11-8-16; Riquezes Contreras, O.: “La sentencia 738/2016 de la Sala Constitucional y los artículos 394 y 395 del Código Penal ¿Se eliminó la discriminación por el sexo o se creó otro problema?”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 9, 2017, pp. 183-202, www.rvlj.com.ve

⁶⁶ Véanse nuestros: *Instituciones fundamentales, ob. cit.*, pp. 293-296; *Manual de Derecho Sucesorio, ob. cit.*, pp. 240-245.

⁶⁷ Domínguez Guillén, M. C.: “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7 Edición Homenaje a José Peña Solís, 2016, T. I, pp. 108-110; Martín Pérez, J.A.: “El daño patrimonial y el daño moral: criterios para su resarcimiento”, *IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*, Salaverría, Ramos, Romero y Asociados, T. I, Caracas 2012, p. 265, las reglas y principios rectores del Derecho Privado se entienden incluidos en la “justicia” que, en el caso español, constituye, junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

⁶⁸ Véase: Domínguez Guillén: “Proyección constitucional”, *ob. cit.*, pp. 87-123.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 92-98.

⁷⁰ Morales Hervia, R.: “Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil”, *Revista da Ajuris*, Vol. 42, N° 139, Dezembro 2015, pp. 285-311.

⁷¹ Merino Acuña: *ob. cit.*, p. 46.

⁷² Véase: Cuenca, D.: “El orden público y la justicia contractual”. *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* Departament de Dret Civil, Universitat de Valencia, Vol. II, 1996, [http://books.google.co.ve/books? isbn=8437028779](http://books.google.co.ve/books?isbn=8437028779); Pinto Oliveros, S.: “El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual”. En: *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés”*. Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. EJV, Caracas, 2015, pp. 247-272 (en la misma obra colectiva: Annicchiarico, J.: *Un nuevo sistema de sanciones ante la inexecución del contrato?*, p. 277, la revisión del contrato por el Juez en caso de alteración de las circunstancias es muestra de la tendencia de la existencia de un principio de justicia contractual); Jaramillo Jaramillo, C.: “Importancia de la interpretación contractual y esbozo de los sistemas tradicionales de interpretación de los contratos”, *Los contratos en el Derecho Privado*. Directores Académicos: F. Mantilla y F. Ternera, Legis/Universidad del Rosario, Colombia, 2008, p. 40, la interpretación ha de estar siempre en función de la justicia contractual.

debería decidir lo conducente con base a la Constitución llegando al equilibrio contractual cuando medien excesos en los Contratos⁷³. La temática del “contrato justo” apareció hace más de cincuenta años como hipótesis destructiva de la autonomía privada encontrando eco no solo entre los civilistas, sino en sede jurisprudencial, confiándole al juez la valoración en la protección de intereses perseguidos, como en caso de ilicitud por un desequilibrio contractual inaceptable, contrario inclusive a los parámetros constitucionales⁷⁴. Múltiples han sido las decisiones de la Sala Constitucional asociadas a la materia entre otras tantas⁷⁵: la relativa a los créditos indexados⁷⁶, tarjetas de crédito⁷⁷ o la “indivisibilidad” con base al orden público e interés social⁷⁸.

V. PERSPECTIVAS A TÍTULO DE CONCLUSIÓN

La doctrina reseña los efectos y críticas de la constitucionalización a la que nos hemos referido en otras oportunidades⁷⁹. Para algunos, un ordenamiento constitucionalizado supone una Constitución extremadamente “invasora” y “entrometida”, capaz de afectar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina⁸⁰, propiciando la pérdida de protagonismo de las instituciones civiles, la vulgarización del Derecho⁸¹ y “una involución a formas”⁸². En la doctrina patria, Saghy señala que ello genera inseguridad jurídica y

⁷³ Cárdenas Quirós, C. “Autonomía privada, contrato y Constitución”, *Derecho Civil Patrimonial*. Editores: A. Bullard González y G. Fernández Cruz, PUCP, 1997, p. 51, <https://books.google.co.ve/books?isbn=9972420299>

⁷⁴ Lipari, Nicolás. *Las categorías del Derecho Civil*. Dykinson, Trad. Agustín Luna Serrano, Madrid, 2016, p. 184.

⁷⁵ Véase las citadas en: Domínguez Guillén, M. C. *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017 (*in totum*), www.rvlj.com.ve; Domínguez Guillén. “Proyección constitucional”, *ob. cit.*; Domínguez Guillén: *Derecho Civil Constitucional*, *ob. cit.*, pp. 146-159; Madrid Martínez, C. “La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”, *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, ACIENPOL, Serie Eventos 29, Coord. C. Madrid, Caracas, 2012, pp. 105-140, también en: www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBER-TAD%20CONTRACTUAL.pdf

⁷⁶ Que alude entre otros aspectos al carácter limitado de la autonomía de la voluntad. Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 85, 24-1-02; Madrid Martínez, C. “Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados”, *Temas de derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección de Libros Homenaje, N° 14, TSJ, T. I, Caracas, 2004, pp. 757- 814; Rodríguez Matos, G. “La revisión del contrato y la justicia constitucional”, *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Colección Libros Homenaje N° 5. TSJ, Vol. II, Caracas, 2002, pp. 453-523.

⁷⁷ Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 1419 de 10-07-07.

⁷⁸ Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 903 de 14-5-04.

⁷⁹ Véase nuestros: *Derecho Civil Constitucional*, *ob. cit.*, pp. 168-189; “Notas sobre”, *ob. cit.*, pp. 30-34.

⁸⁰ Arévalo Guerrero: *ob. cit.*, pp. 56 y 57; García Jaramillo: *ob. cit.*, p. 141; Corral Talciani: *ob. cit.*, pp. 11 y 12, para el autor puede llevar a una “autarquía constitucional”.

⁸¹ Lathro, F. “Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el Derecho de Familia chileno”, *Estudios constitucionales*, Vol. 15 N° 1, Santiago 2017, <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php>, En cierta medida, resulta razonable cuestionarse si la Carta Fundamental, a través de la constitucionalización de las relaciones privadas, ha ‘robado’ espacio a la norma civil, de modo que ésta haya perdido su importancia. Es la razón de fondo que subyace a algunas críticas a dicho proceso por parte de la doctrina privatista.

⁸² Almanza Torres, D. J. “Conflictos en torno a la Constitucionalización del Derecho Privado”, *Legis.pe*, enero 2017, <http://legis.pe>, Neves por su parte, señala que: “La tendencia en realzar los principios en detrimento de las reglas vuelve altísimo el grado de incerteza y puede desembocar en inseguridad in-

“aporta más problemas que ventajas”⁸³, porque a su decir, constituye “una intromisión, sin límites, del juez a los asuntos reservados a la autonomía de la voluntad de las partes”, y lleva paradójicamente al establecimiento de un sistema jurídico jurisprudencial⁸⁴. La figura pretende asociarse así a “un fenómeno de desbordamiento del protagonismo judicial”⁸⁵.

De nuestra parte, creemos que la circunstancia de que las decisiones judiciales incurran en impropiedades no es un problema relativo a la “constitucionalización”, sino un riesgo latente de la interpretación en general⁸⁶. Sin perjuicio que la Sala Constitucional deba procurar no desnaturalizar instituciones civiles que no son de su esencia⁸⁷. La constitucionalización en un proceso⁸⁸ cuyo avance depende de distintos componentes (legales, jurisprudenciales, doctrinales y académicos). Como muchas otras figuras, no presenta inconvenientes en sí misma, sino del manejo que hace el intérprete. Se admite que la figura permite la modernización del Derecho, la unificación y la simplificación del orden jurídico⁸⁹, dando unidad al ordenamiento⁹⁰ y refrescando las instituciones del

controlable relacionada a la propia quiebra de la consistencia del sistema jurídico y pues, a la destrucción de sus fronteras operativas; Corral Talciani: *ob. cit.*, pp. 11 y 12, la constitucionalización conlleva el posible riesgo de una “autarquía constitucional” que para algunos acontece cuando ante la laguna legal el intérprete procede a crear sus propias normas:

⁸³ Saghy: *ob. cit.*, p. 512.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 513, agrega que la constitucionalización del Derecho Civil aporta como primera consecuencia la devaluación de la ley o la pérdida de su valor normativo; merma el valor jurídico de los contratos que según el artículo 1132 del Código Civil tienen fuerza de ley entre las partes. Ello se materializa en una intromisión del Juez; un irrespeto que entorpece la evolución natural de las instituciones. Puesto que la respuesta a los conflictos de constitucionalidad es generalmente categórica y de aporte general, las consecuencias bruscas y los razonamientos jurídicos se ven violentamente modificados. Esto origina avances y retrocesos constantes de la jurisprudencia y con ello la pérdida de la seguridad jurídica anhelada.

⁸⁵ Véase: Muñoz Agredo, M.F. “Argumentación jurídica y principios constitucionales: su incidencia en el Derecho Privado”, *Derecho y Realidad* N° 25, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, I Semestre 2014, p. 346.

⁸⁶ La interpretación nos permite llegar a ver cosas que los demás no ven, atribuyéndole algunos por ello un elemento mágico y otros un toque de conveniencia para el intérprete. Pero lo cierto, es que tal riesgo de la interpretación está presente en la figura bajo análisis sin quitarle relevancia.

⁸⁷ Véase: Beltrán Pacheco, J.A. “Civilmente constitucional: algunas expresiones del Tribunal Constitucional en materia de responsabilidad civil”, *El Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, T. C. Guía 2, G.J., Perú, 2009, pp. 123 y 124; Capablanca, G.J. “Injusticia para todos”, *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, Caracas, Sep.-Dic. 1999, p. 366, las primeras sentencias de la Sala Constitucional evidenciaron la falta de profundidad técnico-constitucional y la “contaminación de instituciones constitucionales con conceptos civilistas, penalistas, procesales y probatorios en dosis excesivas” (Destacado nuestro); Sagués, N.P. “Reflexiones sobre las variables de éxito y fracaso de un Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional* N° 4, enero-julio 2001, pp. 349-357, p. 356, “un tribunal constitucional parecer ser lo mejor para lograr un verdadero y profundo régimen de control de constitucionalidad; pero no siempre se dan los recaudos políticos y sociológicos necesarios para su lanzamiento”.

⁸⁸ Véase: Landa Arroyo: *ob. cit.*, p. 327, es un proceso que aún no termina; Suárez-Manrique: *ob. cit.*, p. 343, la figura se traduce en un proceso que se proyecta en el tiempo y que puede tener lugar a través del legislador, de los jueces o de la Academia; Arévalo guerrero: *ob. cit.*, p. 32, este proceso puede presentar diversas formas, a saber, por el control de la constitucionalidad por parte del Juez o mediante la jurisprudencia constitucional.

⁸⁹ Favoreu: *ob. cit.*, pp. 31-43.

⁹⁰ Durán Martínez: *ob. cit.*, p. 49.

Derecho Civil con base al respeto del principio de supremacía de la Constitución⁹¹. Permite la actualización de las normas civiles al margen de las lentas modificaciones legislativas.

Entre los efectos de la constitucionalización propiamente dicha, se constata la *eficacia directa, derogatoria, invalidatoria e interpretativa* de la institución civil incorporada al texto constitucional⁹². En tanto que la constitucionalización interpretativa o interpretación conforme a la Constitución tiene por efecto la “*supremacía jerárquica y actualización de las instituciones*”.

Indica Balaguer Callejón que se aprecian situaciones de mixtura entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado cuando ha de realizarse una interpretación en que se relacionen ambos Derechos. Pero el efecto de irradiación de la Constitución en el Derecho ordinario configura a éste constitucionalmente, lo que crea situaciones difíciles para un Tribunal Constitucional⁹³. Pero, insistimos, que tales dificultades no son imputables *per se* a la figura en estudio.

Así como se alude a “constitucionalización”, también se habla de “convencionalización” o convencionalidad⁹⁴, pues la Constitución de 1999⁹⁵, en su artículo 23 consagra el carácter constitucional de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que prevalecen sobre las normas de Derecho interno, inclusive de rango

⁹¹ Domínguez Guillén: *Derecho Civil Constitucional*, *ob. cit.*, p. 187.

⁹² Véase: Covi, L.D. y Rivera, J.C.: *Derecho Civil Parte General*. Abeledo Perrot, J. C. Rivera y G. Medina (Directores), 2016, p. 9, *eficacia directa* significa que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o derecho constitucionalmente establecido, puede hacerlo invocando la norma constitucional si no hubiere norma legal que desarrolle la garantía o derecho de que se trate. *Eficacia derogatoria*, de modo que las normas civiles constitucionales derogan cualquier disposición legal contraria a la norma superior. *Eficacia invalidatoria*, la disposición de jerarquía legal que se oponga a una norma constitucional es inválida, y por ello puede ser declarada inconstitucional por los jueces. *Eficacia interpretativa o integradora*: quien interpreta la ley para aplicarla, debe hacerlo de manera que ella resulte conforme a la norma constitucional; en otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que ella se refiere; Arce y Flórez-Valdés: *ob. cit.*, p. 19; Lois Puente, *ob. cit.*, p. 83.

⁹³ Balaguer Callejón: *ob. cit.*, p. 44.

⁹⁴ Véase: Garzón Buenaventura, E. F. “De la supremacía de la Constitución a la Supremacía de la Convención”, *Verba Iuris* 31, Enero-Junio 2014, pp. 189-204; García Jaramillo, L. “De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, *Revista de Derecho del Estado* N° 36, Universidad de Externado, Colombia, enero-junio 2016, p. 144, El control de convencionalidad se ejerce entre las normas del derecho interno y la Convención, toda vez que el control vincula al juez y a los demás funcionarios de los países suscriptores de la Convención; Hernández-Mendible, V. R. “La Convencionalización del Derecho Público en América”, *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la Democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*, Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP, Dirs. V. R. Hernández-Mendible y J. L. Villegas Moreno, Caracas, 2018, pp. 235-264; Brewer-Carías, A. R. “Sobre el control de convencionalidad ejercido por los Tribunales nacionales y el Derecho Administrativo”, *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la Democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*, Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP, Dirs. V. R. Hernández-Mendible y J. L. Villegas Moreno, Caracas, 2018, pp. 265-285.

⁹⁵ Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución...*, *ob. cit.*, p. 161, como innovación.

constitucional, siempre que resulten más favorables⁹⁶, dando lugar –a propósito de la materia que nos ocupa– a la denominada “*convencionalidad*” del sistema jurídico.

Finalmente, no pretendemos con las presentes líneas convencer al lector de las bondades de la constitucionalización, pero sí dejar claro, que se esté o no de acuerdo con la figura, es indudable que la primacía de la Carta Fundamental repercute en la constitucionalización de diversas materias, pues ninguna está exenta de ser considerada o interpretada a la luz de la Constitución⁹⁷. El texto de 1999 fue y sigue siendo claro ejemplo de que la norma superior no puede ser olvidada por el intérprete del Derecho Civil. Algunos todavía se resisten a admitir el peso que la norma suprema ejerce sobre el Derecho Privado General o Derecho Civil. Pero ello no pasa de discusiones doctrinarias, algunas carentes de objetividad académica o al menos de una visión integral del ordenamiento jurídico que reconozca que cualquier materia forma parte de un sistema de normas precedido por la Constitución.

La figura por la que nos paseamos brevemente pone en evidencia la necesaria conexión entre Derecho Público y Privado. Sería conveniente dejar de ver tales materias como totalmente separadas o distantes, pues ciertamente están unidas inevitablemente por la Constitución⁹⁸.

Todo lo indicado obliga al estudioso del Derecho Civil a mantener su mirada permanentemente atenta a la Constitución, pues el conocimiento y estudio de la misma es punto de partida necesario en el análisis de toda la materia civil⁹⁹.

⁹⁶ Brewer-Carías, Allan R. *Principios de, ob. cit.*, pp. 132 y 133. Véase también: Rincón Eizaga, L. “La incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno de Venezuela en la Constitución de 1999”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 120, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 87-108; Hernández Villalobos, L. “Rango o jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano (1999)”, *Revista de Derecho* N° 3, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 111-131. Véase también sobre el tema: Varela Cáceres, Edison Lucio. “La supremacía constitucional y la supuesta supraconstitucionalidad”. En: *Derecho Procesal y otros ensayos. Libro homenaje a la obra docente del profesor René Molina Galicia*. Editorial RVLJ. F. Zambrano Franco, coord. Caracas, 2018, pp. 347 y ss.

⁹⁷ Domínguez Guillén. *Derecho Civil Constitucional, ob. cit.*, p. 193. Aunque no se sea partícipe de la figura en estudio, debe admitirse que en toda interpretación, ha de preguntarse el intérprete sobre la necesaria correspondencia con la Carta Fundamental. Poco importará referirse a “Derecho Civil Constitucional” o a “constitucionalización” del Derecho Civil; la terminología es irrelevante, lo verdaderamente trascendente será, no convertir a la esfera del Derecho a interpretar en un estanco desarticulado y lejano de la Carta Fundamental. De allí que cabe reiterar que Derecho Público y Derecho Privado, tienen en común un cuerpo normativo superior que necesariamente ha de guiar el sentido del intérprete: la Constitución.

⁹⁸ Perlingieri: “Por un”, *ob. cit.*, p. 15, el ordenamiento jurídico constituye un todo unitario, debiéndose evitar particiones que son más académicas y didácticas que científicas. Razonar sobre Derecho Privado y Público, sobre Derecho Constitucional o Derecho Administrativo, puede resultar una clasificación interesante, pero ello no debe hacer olvidar que el ordenamiento es unitario y que en su base existen principios unitarios de la Constitución; Brewer-Carías: “La interaplicación”, *ob. cit.*, pp. 25-38.

⁹⁹ Llamas Pombo: *ob. cit.*, p. 119.

TERCERA PARTE

ESTADO SOCIAL DE DERECHO

21. LOS FINES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

Resumen: Los fines de la Administración Pública son las tareas específicas que deben cumplirse para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, y que están influenciadas por la evolución del Estado. De los fines limitados destinados a proteger el orden público del Estado Liberal, las tareas de la Administración Pública evolucionaron hacia fines más amplios del Estado Social, relacionados con la promoción del desarrollo inclusivo. Posteriormente, la globalización facilitó la interacción entre los fines domésticos y aquellos derivados del orden global. En consecuencia, la Administración Pública moderna debe cumplir fines complejos que requieren una capacidad adecuada inspirada en los estándares de la buena administración. Las fallas en la capacidad estatal pueden obstaculizar el cumplimiento de tales fines, derivando en el Derecho Administrativo fallido.

Palabras claves: Fines de la Administración Pública, cometidos públicos, Estado administrativo, Derecho Administrativo Global, Estados fallidos.

Abstract: The Public Administration's goals are the specific tasks that should be fulfilled to satisfy the citizens' needs, and that are influenced by the evolution of the state. From the limited goals aimed to protect the public order of the Liberal State, the Public Administration's tasks evolved into broader tasks of the Social State, related to the promotion of inclusive development. Later, globalization facilitated the interaction between the domestic tasks and the ones derived from the global order. As a result, the modern Public Administration should fulfill complex tasks that required an appropriate capability inspired by good administration standards. Failures in the state capability can hinder the fulfillment of such tasks, deriving in a failed Administrative Law.

Key words: Public Administration's goals; state's task; Administrative state, Global Administrative Law, failed states.

INTRODUCCIÓN

Los fines de la Administración Pública comprenden las tareas específicas que ésta debe atender, y que, como tal, son contingentes de los cometidos del Estado, variables

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Visiting Fellow, Center For International Development, Harvard.

en el tiempo. De esa manera, la Administración Pública puede ser definida como el instrumento del cual se vale el Estado para la realización concreta de sus cometidos públicos, con lo cual, los fines de la Administración Pública dependen de las transformaciones del Estado¹.

El carácter instrumental de la Administración Pública, sin embargo, no implica que ésta se encuentre al servicio del Estado. El concepto vicarial de Administración Pública y la centralidad de los derechos humanos, por el contrario, permiten considerar que los fines de la Administración Pública pivotan en torno al servicio a los ciudadanos bajo los estándares de la buena administración. Esto otorga a la Administración Pública un margen de apreciación para concretar el alcance de sus fines, pero siempre en el marco del principio de legalidad, extensible incluso a los fines de la Administración Pública².

A partir de mediados del siglo XX, la realización de los cometidos estatales ha sido marcada por la preponderancia de la Administración Pública, en el así llamado Estado administrativo. De allí que uno de los fines de la Administración Pública es la promoción del desarrollo, lo que en el siglo XXI se ha complementado con la idea según la cual la promoción del desarrollo debe partir de los estándares de la buena administración. Como resultado de lo anterior, los fines de la Administración Pública se han vuelto cada vez más complejos: desde asegurar el derecho a la educación, hasta promover la igualdad de sectores discriminados de la sociedad, pasando por fines asociados a la protección del medio ambiente, todo ello, además, cumpliendo con los estándares de la buena administración. Esto aconseja que el estudio de los fines de la Administración Pública se extienda al estudio de su capacidad para cumplir esos fines, y en especial, la identificación de fallas en la capacidad estatal que, en casos extremos, puede llevar a la desatención de fines asociados a necesidades esenciales, en la medida en que el Estado administrativo se torne en Estado fallido³.

Para abordar el tema de los fines de la actividad administrativa desde esta valoración general, este estudio se divide en cuatro partes. La primera presenta la aproximación conceptual de los fines de la Administración Pública, mientras que la segunda parte aborda los trazos generales de la evolución de esos fines. A continuación, el estudio analiza la relación entre los fines de la Administración Pública y el Estado fallido, desde lo que se denomina “Derecho administrativo fallido”. El estudio culmina con las correspondientes conclusiones⁴.

¹ Véase el trabajo clásico de Luis Jordana de Pozas, “El problema de los fines de la Administración Pública”, en *Revista de Administración Pública número 4*, Madrid, 1951, pp. 11-28.

² Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo constitucional*, CIDEP, Caracas, 2017, pp. 213 y ss.

³ El estudio de las fallas de la capacidad estatal es propio de las Ciencias Económicas, no tanto así del Derecho Administrativo. Aquí se propone un enfoque interdisciplinario que incorpora las reflexiones que, desde las Ciencias Económicas, se han venido formulando sobre las fallas en la capacidad estatal.

⁴ Dada la naturaleza introductoria de este estudio, su contenido y las referencias bibliográficas solo pretenden dar una primera aproximación a los fines de la Administración Pública de acuerdo con el estado actual del Derecho Administrativo Comparado.

I. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS COMETIDOS PÚBLICOS

En el Derecho Administrativo Comparado suele enfatizarse el rol instrumental de la Administración Pública. Esto quiere decir que la Administración Pública es el instrumento del cual se vale el Estado para la realización concreta de sus cometidos, bajo el principio de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Por ello, los fines de la Administración Pública son los objetivos hacia los cuáles ésta debe conducir su actividad para la realización concreta de los cometidos públicos.

De lo anterior derivan cuatro importantes consecuencias, destacadas en esta sección: (i) el Derecho Administrativo es un Derecho estatal, pues regula un área específica del quehacer del Estado, y por ello, (ii) el Derecho Administrativo es dependiente de la evolución del Estado, lo que lo convierte en una categoría histórica.

Este enfoque (iii) ha sido complementado por el análisis económico del Derecho Administrativo, en tanto el cumplimiento de los fines de la Administración Pública debe ser valorado, también, desde el análisis costo-beneficio. Más recientemente, (iv) los fines de la Administración Pública han comenzado a valorarse más allá del Estado, desde la óptica del Derecho Administrativo Global.

1. *La Administración Pública como instrumento para la realización concreta de los cometidos públicos y el principio de legalidad*

El Derecho Administrativo, en sentido tradicional, es un Derecho estatal pues regula un área específica del quehacer del Estado⁵, relacionado con la gestión concreta de los cometidos públicos, esto es, las tareas que el Estado debe atender y que, como tal, son cambiantes en el tiempo⁶. Debido a lo anterior, cada Estado genera su propia Administración Pública, de conformidad con los cometidos que en cada momento debe atender⁷.

Todos los Poderes Públicos participan en la realización de los cometidos públicos, pero solo la Administración Pública –retomando el concepto tradicional de la doctrina italiana– tiene a su cargo la gestión concreta de esos cometidos a través de relaciones jurídico-administrativas con los ciudadanos⁸. Por ello, la Administración Pública es el instrumento del cual se vale el Estado para la realización concreta de sus cometidos públicos.

El carácter instrumental de la Administración Pública, además, permite diferenciarla del Gobierno y, en tal sentido, realza su objetividad: mientras que el Gobierno adopta

⁵ Brewer-Carías, Allan R., *Derecho administrativo*. T. I, Universidad Externado de Colombia/ Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 185.

⁶ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo, I*, Montevideo, Uruguay, 1974, pp. 48 y ss.

⁷ Forsthoﬀ, Ernst, *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 35 y ss. De acuerdo con Forsthoﬀ, “cada época de la historia de los Estados produce un tipo propio de Administración, caracterizado por sus fines peculiares y por los medios de que sirve”. Véase también a Fernández Farreres, Germán, *Sistema de Derecho administrativo*. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 51 y ss.

⁸ Para Guido Zanobini (Corso di Diritto Amministrativo, primer volumen, octava edición, Giuffrè, Milano, 1958, 1 y ss.), la actividad administrativa es la actividad práctica que el Estado despliega para atender, de modo inmediato, el interés público que asume como su propio fin (p. 13).

decisiones políticas, la Administración Pública tiene a su cargo la implementación de esas decisiones a través de las técnicas de la actividad administrativa, que deben desplegarse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y, además, de manera objetiva. Con lo cual –y esto resulta cuando menos paradójico– la Administración Pública no está al servicio del Estado, en tanto ello estaría reñido con el principio de objetividad. Así, la Administración Pública cumple un rol vicarial, en tanto ella está al servicio objetivo de los ciudadanos, que son, así, el centro de la actividad administrativa, como se desprende del artículo 141 de la Constitución⁹.

Bajo este diseño institucional, podría concluirse que los fines de la Administración Pública son ajenos a ésta, en el sentido que esos fines no son otros que los cometidos públicos. El carácter instrumental de la Administración Pública podría dar la imagen de una Administración puramente ejecutiva, orientada a implementar los fines definidos por el Gobierno en función a los cometidos estatales. Esta sería, en todo caso, una imagen imperfecta.

En efecto, el carácter instrumental de la Administración Pública no reduce a ésta a mero autómatas orientado a la ejecución de la Ley en función de los cometidos públicos identificados por el Gobierno. Como advirtiera en su momento la doctrina alemana en el pasado siglo, en esta descripción hace falta “algo más”: el margen de apreciación como elemento inherente e identificador de los fines de la Administración Pública¹⁰.

Así, la dirección de la Administración Pública por el Gobierno para la realización concreta de los cometidos públicos asigna a ésta, en un plano general, los fines que debe atender. Por ejemplo, la Constitución garantiza el derecho a la salud de acuerdo con las Leyes correspondientes, con lo cual la Administración Pública debe orientar su actividad al cumplimiento de ese cometido. Pero en la realización práctica de su actividad la Administración Pública puede y debe identificar fines específicos, atendiendo a las variables económicas y sociales imperantes. El interés general que justifica la actividad administrativa es un interés dinámico, no estático¹¹.

La distinción entre los cometidos públicos definidos en un plano general y los fines específicos de la actividad administrativa permite comprender que el sometimiento pleno de la Administración a la Ley reconoce un margen de apreciación, según se trate de conceptos jurídicos indeterminados o de la discrecionalidad administrativa en sentido específico. Asimismo, en la actividad prestacional, la vinculación de la Administración Pública a la Ley es negativa, lo que implica que la ella cuenta con un margen de configuración de esa actividad¹².

⁹ Sobre la tensa relación entre el Gobierno y Administración véase a Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, p. 16. Con posterioridad, *vid. Instituciones de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 88 y ss. *Vid.* Araujo-Juárez, José, “La constitucionalización de la Administración Pública en Venezuela”, en *Opera*, N° 4, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2008.

¹⁰ Fleiner, Fritz, *Les principes généraux du Droit administratif allemand*, Paris, Librairie delagrave, 1933, pp. 12 y ss.

¹¹ Rodríguez-Arana, Jaime, *Aproximación al Derecho administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 158 y ss.

¹² Maurer, Hartmut, *Introducción al Derecho administrativo alemán*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, pp. 33 y ss.

Sin embargo, el margen de la apreciación que la Ley puede reconocer a la Administración Pública para la identificación específica de los fines no le permite separarse de los cometidos públicos definidos por el Gobierno, en tanto ello implicaría renegar de su carácter instrumental. Aquí entra en juego la cláusula del Estado Democrático, en el sentido que la instrumentalidad de la Administración Pública refuerza su legitimidad democrática, evitando que la Administración Pública degeneren en lo que se ha denominado liberalismo antidemocrático, o sea, Administraciones Públicas que obran en el marco del principio de legalidad, pero sin vinculación alguna con el Gobierno democráticamente electo. Desde la perspectiva de la organización administrativa, este es un problema propio de las llamadas “Administraciones Públicas independientes”, en tanto su “independencia” reduce la vinculación con el Gobierno democráticamente electo¹³.

2. *El Derecho Administrativo como categoría histórica, el carácter intercambiable de las técnicas de la actividad administrativa y el Derecho Administrativo Formal*

La dependencia de la Administración Pública al Estado hace del Derecho Administrativo una categoría histórica, en el sentido que el Derecho Administrativo depende de la permanente transformación del Estado. Así, los fines de la Administración Pública dependen del cada momento histórico del Estado. Por ello, la transformación del Estado marca la transformación de la Administración Pública y sus fines, pero siempre bajo el principio de continuidad. De esa manera, la transformación del Estado ha hecho que la Administración Pública acuda a nuevas técnicas de actuación, sin abandonar técnicas de anterior data. Ello hace que la actividad orientada al cumplimiento de los variables fines de la Administración Pública sea el resultado del amalgamamiento de sucesivas fases históricas: junto a técnicas antiguas como la expropiación coexisten otras de más reciente data, con la gestión de actividades económicas¹⁴.

La permanente transformación de los fines de la Administración Pública y el margen de apreciación reconocida a ésta permite explicar por qué las técnicas de la Administración Pública son intercambiables. Ello quiere decir que para atender sus fines —la satisfacción del derecho a la salud, en el ejemplo indicado— la Administración Pública puede acudir a técnicas de su actividad prestacional (fomento y gestión de actividades económicas y sociales) o de su actividad de limitación (restricciones, controles, mandatos de hacer)¹⁵. La selección de las técnicas de actuación no solo depende de los fines a atender, sino en especial, de los principios de subsidiariedad y menor intervención, que establecen el carácter restrictivo de aquellas técnicas más intrusivas sobre la libertad general del ciudadano¹⁶.

¹³ Mounk, Yascha, *The people vs. democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2019, p. 27.

¹⁴ Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, UNED-Colex, Madrid, 2009, p. 92.

¹⁵ Hernández G., José Ignacio, *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 31 y ss.

¹⁶ Fernández Farreres, Germán, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 165 y ss.

En todo caso, la realización de los fines de la Administración Pública se somete a la vinculación a la Ley, que según los casos podrá ser negativa (para la actividad prestacional) o positiva (para la actividad de limitación). Pero además de esta vinculación sustantiva, la Administración Pública en realización de sus fines se somete a la Ley, también, en cuanto a la forma de la actividad administrativa, o sea, el procedimiento administrativo¹⁷. El corolario de todo lo anterior es el vicio de desviación de poder, que se materializa cuando la Administración Pública ejerce su actividad para fines distintos a los previstos en la Ley, incluso en lo que respecta al procedimiento aplicable¹⁸.

3. *Los fines de la Administración Pública, el Estado de Derecho y el análisis económico del Derecho Administrativo*

El Estado de Derecho impone que la Administración Pública debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, con lo cual, toda su actividad –incluyendo el margen de apreciación reconocido por la Ley– cae bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativo. Este sistema de controles, sin embargo, es predominantemente formal, en el sentido que presta interés a vicios de procedimiento o vicios como el exceso o desviación de poder, bajo una valoración puramente jurídica del concepto de interés general.

Esta visión comenzó a cambiar a fines de la década de los ochenta del pasado siglo, como consecuencia de las políticas públicas orientadas a la liberalización económica, que llevaron a revisar los fines de la actividad administrativa desde la perspectiva del análisis económico del Derecho¹⁹. A resultas de lo anterior, el control sobre el cumplimiento de los fines de la Administración Pública se ha ampliado al análisis económico del costo-beneficio²⁰.

El punto de inicio de este control es el principio conforme al cual el intercambio de bienes y servicios, para propender a la eficiencia económica, debe basarse en la libertad general del ciudadano, esto es, en el mercado. La existencia del mercado no se opone a la intervención administrativa. Todo lo contrario, el mercado requiere de reglas jurídicas que otorguen seguridad y certeza al intercambio de bienes y servicios, pero en especial, requiere que la Administración Pública intervenga para atender los fallos de mercado, esto es, las imperfecciones que impiden al mercado promover la eficiencia económica en el intercambio de bienes y servicios²¹.

Como puede apreciarse, el análisis económico costo-beneficio refuerza el cumplimiento de los principios de menor intervención y subsidiariedad, y tiende a elevar la

¹⁷ Barnes, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 15 y ss.

¹⁸ Chinchilla, Carmen, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 12 y ss. En Venezuela, vid. García Soto, Carlos, “Incluso por desviación de poder”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 3, Caracas, 2014, pp. 75 y ss.

¹⁹ El cambio comienza en la doctrina de Derecho Administrativo en Estados Unidos, interesada en el estudio de las políticas de liberalización económica realizadas en el Reino Unido y los Estados Unidos. Vid.: Breyer, Stephen G. *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

²⁰ Sunstein, Cass, *The cost-benefit Revolution*, The MIT Press, Cambridge, 2018, pp. 207 y ss.

²¹ De la Cruz Ferrer, Juan, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss.

calidad del control de la Administración Pública. Determinar cuándo los fines de la Administración Pública se orientan al interés general depende de análisis principalmente valorativos, mientras que el examen de la eficiencia asociada a esos fines permite un análisis centrado en evidencias objetivamente consideradas²².

4. *Los fines de la Administración Pública más allá del Estado: el Derecho Administrativo Global*

La globalización ha propendido al surgimiento de organismos internacionales que asumen tareas que coinciden con los cometidos del Estado. Esto quiere decir que la satisfacción de esos cometidos ya no es, únicamente, un fin de la Administración Pública doméstica, sino que también es un fin de organismos internacionales. Sin embargo, estos organismos internacionales no cuentan con el marco jurídico llamado a asegurar la racionalidad y transparencia en la realización práctica de los cometidos públicos, siendo que, además, esos organismos no tienen origen democrático. Para paliar estas fallas, la doctrina de Estados Unidos propuso la aplicación de principios generales de Derecho Administrativo en el Derecho Internacional, enmarcados bajo la denominación “Derecho Administrativo Global”²³.

El Derecho Administrativo Global no se agota en esta perspectiva. Además, es preciso analizar el surgimiento de organismos internacionales de control de las Administraciones Públicas domésticas, a resultas de lo cual el cumplimiento de los fines de la Administración Pública no solo se somete a controles domésticos (típicamente, la jurisdicción contencioso-administrativa), pues esos fines también se someten a controles internacionales. El mejor ejemplo es el arbitraje internacional de inversiones que, en la práctica, opera como un control jurisdiccional que, desde el Derecho Internacional, revisa el cumplimiento de los fines de la actividad administrativa²⁴.

Finalmente, el Derecho Administrativo Global también permite valorar cómo los fines de la Administración Pública no están solo determinados por el Derecho doméstico, sino también por el Derecho Internacional. Esto quiere decir que la Administración Pública (doméstica) no es solo instrumento del Estado, pues también cumple su rol instrumental respecto de los organismos internacionales.

²² Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 123 y ss.

²³ Aman, Alfred, *Administrative Law in a Global Era*, Cornell University Press, 1992, especialmente pp. 131 y ss. y Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, y Richard B., “The emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems* N° 68, 2005, *Duke University*, pp. 15 y ss. Los principales estudios de Kingsbury y Stewart dedicados a este tema han sido traducidos al español en la obra *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press-Editorial de Derecho Global, Sevilla, 2016, editada por Javier Barnes.

²⁴ Hernández G., José Ignacio Hernández, “El control de la Administración Pública a través del arbitraje internacional de inversiones”, *Entre tribunales. Libro homenaje a Pablo García Manzano*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 239 y ss.

En este ámbito, sin embargo, la instrumentalidad se cumple principalmente mediante técnicas de coordinación y otros instrumentos del llamado *soft law*, y no como resultado del control inmediato sobre la Administración Pública²⁵.

II. LA EVOLUCIÓN DE LOS FINES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO GLOBAL

Como la Administración Pública es un instrumento del Estado, la evolución de éste incide en los fines que aquélla debe cumplir. Esta evolución puede estudiarse en cuatro etapas: (i) la expansión de los fines de la Administración Pública con el advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho; (ii) la reforma cuantitativa de los fines de la Administración Pública a resultas de la llamada “crisis del Estado social”; (iii) la reforma cualitativa de la Administración Pública a la luz de la tesis del desarrollo centrado en la expansión de las libertades individuales y (iv) la influencia de la gobernanza global en los fines de la Administración Pública.

1. *La expansión de los fines de la Administración Pública y el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho. El Estado administrativo*

El Derecho Administrativo, como la disciplina orientada a prevenir el abuso del Estado en el ejercicio de la actividad administrativa, es un producto del advenimiento del Estado de Derecho bajo los moldes del Estado Liberal. Consecuentemente, en sus orígenes, el Derecho Administrativo surge para controlar a la Administración Pública centrada en la defensa del orden público negativo, típicamente, a través de la actividad de policía necesaria para atender perturbaciones a ese orden público y asegurar el ejercicio efectivo de la libertad general del ciudadano. Los fines de la Administración Pública, bajo el Estado Liberal, se reducían principalmente a la defensa del orden público por medio de la actividad de policía y el acto administrativo²⁶.

Cambios sociales llevaron a lo que Duguit llamó la transformación del Derecho Público, que el autor situó en el cambio del elemento determinante del Estado, que de la soberanía pasó a la solidaridad. La expresión de esa transformación fue la idea de servicio público, que más que un concepto jurídico preciso era para Duguit un principio general que explicaba cómo las actividades económicas que satisfacen el interés general no pueden estar regidas por derechos subjetivos –como la propiedad– sino por la solidaridad expresada en las normas jurídicas²⁷.

Posteriormente Forsthoff resumió los efectos jurídicos de esta transformación en el concepto de Administración prestacional, esto es, la Administración a cargo de asegurar la satisfacción de necesidades esenciales o existenciales²⁸, lo que la doctrina francesa

²⁵ Bellis, Maurizio de, “Las redes reguladoras transnacionales diez años después de la crisis: carácter y problemas”, en *Derecho Público Global*, Universidad Castilla-La Mancha, Iustel, Madrid, 2020, pp. 159 y ss.

²⁶ Villar Palasí, José Luis, *Técnicas remotas del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2001, pp. 13 y ss.

²⁷ *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, segunda edición corregida y aumentada, Francisco Beltrán, Madrid, 1920, pp. 17 y ss. y *Las transformaciones del Derecho público*, Francisco Beltrán, Madrid, 1926, pp. 94 y ss.

²⁸ *Sociedad industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, pp. 89 y ss.

–Jezè– tradujo en el concepto jurídico de servicio público²⁹. Esto llevó a ampliar los fines de la Administración Pública, para garantizar la satisfacción de necesidades de interés general de conformidad con los principios de igualdad, generalidad y mutabilidad³⁰.

El advenimiento de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho luego de la Segunda Guerra Mundial consolidó esta transformación, al asumir el Estado el cometido de promover condiciones reales de igualdad³¹. La realización práctica de ese cometido fue asignado a la Administración Pública, lo que justificó desarrollar técnicas de actuación alternativas a la actividad de policía, o sea, de la actividad de limitación. La actividad administrativa prestacional, es, así, la técnica a través de la cual la Administración Pública cumple con el fin de promover condiciones reales de igualdad, a través de prestaciones llamadas a satisfacer directamente necesidades humanas³². Junto a ello, también se amplió el fin de la Administración Pública en relación con la actividad de limitación, pues del concepto de orden público negativo se pasó al concepto de orden público positivo y la consecuente expansión del concepto de policía administrativa a la policía económica. Un factor clave en la ampliación de los fines de la Administración Pública fue el reconocimiento de los llamados derechos sociales, como derechos prestacionales cuya satisfacción impone mandatos positivos de actuación que, en la práctica, se concentran en la Administración Pública³³.

Estados Unidos sufrió una transformación similar, no como resultado de modificaciones constitucionales sino como consecuencia del cambio en la interpretación de la Constitución por parte de la Corte Suprema de Justicia, que avaló la ampliación de los fines de la Administración Pública en las políticas enmarcadas en el *New Deal*, caracterizadas por la expansión del rol de la Administración Pública en la ordenación y limitación de actividades económicas³⁴.

La ampliación de los fines de la Administración Pública llevó a su crecimiento funcional y orgánico, y a la formación del llamado “Estado administrativo”³⁵, esto es, la organización del Estado basada en la predominancia de la Administración Pública, que

²⁹ Jezè, Gastón, *Principios generales del Derecho administrativo*, T. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 32 y ss. También, *vid.* Santofimio Orlando, Jaime, “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, en *Revista digital de Derecho Administrativo*, N° 5, Universidad Externado, Bogotá, 2011, pp. 43 y ss.

³⁰ Brewer-Carías, Allan R., “Sobre la dimensión social de la Administración Pública y el Estado social en Venezuela”, en *Función social de la Administración*, Universidad del Rosario-FIDA, Bogotá, 2018, pp. 211 y ss.

³¹ García-Pelayo, Manuel, *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, ahora en *Obras Completas*, T. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 1591 y ss.

³² Parejo Alfonso, Luciano, “El Estado Social Administrativo” en *Revista de Administración Pública* N° 153, Madrid, 2000, pp. 217 y ss.

³³ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press-INAP, Madrid, 2015, pp. 17 y ss.

³⁴ Stewart, Richard, “The reformation of Administrative Law”, en *Harvard Law Review*, Volúmen 88, N° 8, 1975, pp. 1.671-1.677.

³⁵ Dwight, Waldo, *The administrative state. A study of the political theory of American public administration*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2007, pp. 65 y ss.

concentra funciones propias de los Poderes Legislativo y Judicial como resultado de la ampliación de los fines que ésta debe cumplir en el orden económico y social. Tal concentración de funciones, como es lógico suponer, entró en tensión con los principios del Estado de Derecho, en especial, por la matización al principio de separación de poderes.

2. *La llamada crisis del Estado social y la reforma cuantitativa de los fines de la Administración Pública*

El Estado administrativo promovió una visión estatista del desarrollo, en el sentido que la promoción del crecimiento económico y la satisfacción de necesidades esenciales asociadas a los derechos sociales fue asumida como fin propio y preponderante de la Administración Pública. El Estado administrativo marcó la expansión de la organización administrativa, muy en especial, a través de las empresas del Estado. Para la década de los ochenta del siglo pasado los efectos económicos de esta visión estatista del desarrollo resultaban ya evidentes, en especial, por la presión sobre la expansión del gasto público y los desórdenes macroeconómicos derivados del déficit fiscal. Bajo el llamado “Consenso de Washington” se promovió la revisión de los cometidos públicos y, en concreto, de los fines de la Administración Pública, de cara a su necesaria reducción y fortalecimiento del rol de la iniciativa privada³⁶.

Esta revisión fue enmarcada como “crisis del Estado social”³⁷. La crisis, en realidad, versó sobre la manifestación práctica del Estado social traducida en el Estado administrativo, no en cuanto a la existencia del Estado social en sí. Empero, la visión de una crisis generalizada coadyuvó a centrar la atención en el tamaño de la Administración Pública, con lo cual, para el Derecho Administrativo, esta crisis se tradujo en propuestas hacia la liberalización económica, marcada por la privatización y desregulación de la Administración Pública³⁸.

Esta reforma cuantitativa de la Administración Pública influyó en sus fines, en dos sentidos que conviene resumir. Por un lado, los fines asociados a la protección del orden público económico fueron transformados bajo la primacía del mercado, pues la Administración Pública asumió como fin la atención de los llamados fallos de mercado. Por el otro lado, los fines asociados a la promoción de condiciones de igualdad se transformaron bajo los principios de subsidiariedad y menor intervención, y la primacía de la empresa privada. Consecuentemente, la técnica de la empresa pública cedió frente a la privatización y la regulación de las empresas privadas, mientras que la técnica del servicio público cedió, en cuanto a su *publicatio*, a favor de la regulación de la iniciativa privada (lo que quiso englobarse en el concepto de “nuevo servicio público”)³⁹.

³⁶ Banco Mundial, *The State in a changing world*, World Bank, Washington D.C., 1997, p. 27.

³⁷ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “La Administración Pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho”, en *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 203- 216.

³⁸ Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 56 y ss.

³⁹ Ariño Ortiz, Gaspar, et al, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999. Véase, del autor junto con Cuétara, Juan Miguel de la, la “Prelección” (pp. xxvii).

3. *El derecho al desarrollo humano y la reforma cualitativa de los fines de la Administración Pública en el Siglo XXI: los estándares de la buena administración*

El nuevo milenio generó reflexiones en torno al rol del Estado en el desarrollo, considerando los esfuerzos necesarios para erradicar la pobreza y la desigualdad, como quedó resumido en las *Metas del Milenio* preparadas por la Organización de Naciones Unidas. Frente a la visión cuantitativa del *Consenso de Washington* –orientado a reducir los fines de la Administración Pública– comenzó a imperar una visión cualitativa, basada en la calidad de la Administración Pública. El desarrollo, se concluyó, requiere de una Administración Pública con capacidad suficiente remover los obstáculos al crecimiento económico, con lo cual el desarrollo, de acuerdo con Amartya Sen, debe ser concebido como el proceso llamado a expandir las capacidades para el efectivo ejercicio de la libertad⁴⁰.

Este enfoque cualitativo llevó a prestar atención al proceso de toma de decisiones de la Administración Pública a través del concepto de “gobernanza democrática”⁴¹. El Derecho Administrativo acogió estos cambios al realzar el concepto vicarial de la Administración Pública, de acuerdo con el cual, el fin primero de la Administración Pública es servir a los ciudadanos. La centralidad del ciudadano permitió incorporar la valoración cualitativa de la Administración Pública a través de los estándares de la buena administración, que promueven la centralidad del ciudadano y sus derechos fundamentales, incluyendo los derechos sociales⁴².

Nótese que la promoción del desarrollo sigue siendo, bajo esta visión, un fin de la Administración Pública, pero subordinado al fin superior de la centralidad del ciudadano. De allí el énfasis puesto a la *calidad y capacidad* de la Administración Pública para promover el desarrollo desde la centralidad del ciudadano, como quedó resumido en la *Agenda 2030* sobre el desarrollo sustentable⁴³.

4. *Los fines de la Administración Pública y la gobernanza global*

La centralidad del ciudadano como fin de la Administración Pública no puede ser satisfecha únicamente desde el Derecho Administrativo doméstico, pues tal centralidad, en la era global, va más allá del Estado. De allí la pertinencia del estudio del Derecho Administrativo Global, con el triple sentido señalado: (i) cumplimiento de fines propios de la Administración Pública por organismos internacionales; (ii) controles internacio-

⁴⁰ Sen, Amartya, *Development as freedom*, Anchor Books, New York, 1999, pp. 35 y ss.

⁴¹ Sosa Wagner, Francisco, “Gobernanza, ¿trampa o adivinanza?”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo, Volumen I*, Universidad de Zaragoza, 2008, pp. 643 y ss.

⁴² Para una perspectiva comparada, *vid.* Arana-Muñoz, Jaime y Hernández G., José Ignacio (coordinadores), *Estudios sobre la Buena Administración en Iberoamérica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017. El artículo 141 de la Constitución otorga base normativa a esos estándares de la buena administración. *Vid.*: Hernández G., José Ignacio, “La buena administración en Venezuela: a propósito de los treinta y cinco años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano número 11*, Caracas, 2017, pp. 223 y ss.

⁴³ Resolución aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 (A/70/L.1).

nales sobre los fines de la Administración Pública doméstica y (iii) los fines de la Administración Pública doméstica definidos desde el Derecho Internacional⁴⁴.

La existencia de riesgos globales a la salud, como la pandemia del COVID-19, y en general, situaciones de emergencia que colocan en riesgo la satisfacción de necesidades esenciales, calificadas como “emergencias humanitarias complejas”, demuestran la pertinencia de repensar los fines de la Administración Pública más allá del Estado. Las emergencias humanitarias complejas no pueden atenderse, únicamente, desde los fines de la Administración Pública basado en el Derecho Administrativo como Derecho estatal. Antes por el contrario, tales emergencias exigen la coordinación con organismos internacionales, y por ende, la construcción del Derecho Administrativo Global como herramienta para facilitar la coordinación entre los fines de la Administración Pública doméstica y los fines de la –así llamada– Administración Pública Global. De allí la pertinencia de llevar, al espacio global, el estudio de la gobernanza, como proceso de toma de decisiones asociado a los fines de la Administración Pública, doméstica y global⁴⁵.

III. LOS FINES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, LA CAPACIDAD ESTATAL Y EL ESTADO FALLIDO

El proceso de expansión y revisión de los fines de la Administración Pública deja en evidencia que la satisfacción de necesidades esenciales requiere de la Administración Pública, tanto para asegurar el correcto funcionamiento del mercado como para promover condiciones de igualdad en la economía. El debate no se centra, entonces, en la existencia de la Administración Pública sino en su calidad, de acuerdo con los estándares de la buena administración. Por ello, el estudio de los fines de la Administración Pública debe complementarse con (i) el análisis de la capacidad estatal como factor determinante para el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, y (ii) el estudio de las consecuencias jurídicas del Estado fallido, en lo que llamamos “Derecho Administrativo fallido”.

1. *Capacidad estatal, brechas de capacidad estatal y fines de la Administración Pública*

El estudio de los fines de la Administración Pública coloca énfasis en las tareas que ésta debe asumir de conformidad con el ordenamiento jurídico. La Constitución y las Leyes, al igual que el Derecho Internacional, al definir el marco de cometidos estatales, también definen los fines de la actividad administrativa. La Administración Pública, en todo caso, cuenta con un margen de apreciación que le permite definir y concretar estos fines, de conformidad con la evolución de las condiciones políticas, económicas y sociales.

Ello ha llevado a concluir que una de las condiciones necesarias para la promoción del desarrollo es la existencia de una Administración Pública que actúe en el marco de

⁴⁴ Cassese, Sabino, *The global polity*, Global Law Press, Sevilla, 2012, pp. 15 y ss.

⁴⁵ Kingsbury, Benedict, y Casini, Lorenzo, “Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law”, en *International Organizations Law Review* 6, N° 2 2009, pp. 319 y ss.

los estándares de la buena administración⁴⁶. El enfoque del Derecho Administrativo, en este sentido, ha sido predominante normativo, en el sentido que el énfasis se coloca en las reglas jurídicas que regulan los fines y la actividad de la Administración Pública, con lo cual, la ampliación de fines en el marco de los principios del desarrollo humano sustentable ha llevado a procesos de reformas normativas, típicamente, por medio de reglas de procedimiento administrativo que incorporan los estándares de la buena administración⁴⁷.

Este enfoque es sin embargo insuficiente ante el cúmulo de tareas que la Administración Pública debe cumplir en el siglo XXI. Así, no solo la Administración Pública debe atender complejos fines asociados al desarrollo humano sustentable e inclusivo, sino que además debe hacerlo en el marco de los estándares de la buena administración. Para ello, ciertamente, es preciso contar con reglas adecuadas, en especial, de procedimiento administrativo. Pero esas reglas no son “auto-aplicables”. Todo lo contrario, las reglas que acompañan la complejidad de fines de la Administración Pública deben ser implementadas efectivamente. Aquí entra en juego el principio de eficacia, de trascendente importancia en la Administración Pública del Estado social: los fines de la Administración Pública asociados al desarrollo humano sustentable e inclusivo deben ser realizados en la práctica⁴⁸.

Por ello, el Derecho Administrativo debe tomar en cuenta las discusiones que desde las Ciencias Económicas se han venido planteando en torno a la capacidad estatal necesaria para promover el desarrollo. Esta capacidad, en el Estado Administrativo, es principalmente de la Administración Pública, y puede medirse en cuatro factores (*i*) personal; (*ii*) recursos financieros; (*iii*) infraestructuras y (*iv*) organización⁴⁹. En la práctica, sin embargo, la Administración Pública no siempre cuenta con esa capacidad, lo que da lugar a brechas en la capacidad estatal, esto es, áreas en las cuales la Administración Pública no puede cumplir con sus fines, los cuales en consecuencia quedan desatendidos o son atendidos por mecanismos informales, como la corrupción. En casos extremos, esas brechas pueden afectar el propio funcionamiento del Estado, en lo que se conoce como “Estados fallidos”⁵⁰.

Con lo cual, el estudio de los fines de la Administración Pública debe incluir, también, las reflexiones que desde las Ciencias Económicas se han venido formulando en torno a las fallas que dan lugar a brechas de capacidad estatal⁵¹, en especial, pues esas fallas limitan el alcance de las técnicas que puede implementar la Administración Pública, cuyos fines pueden ponerse en riesgo, derivando además en desviaciones asocia-

⁴⁶ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012, pp. 112 y ss.

⁴⁷ Rivero Ortega, Ricardo, “Reforma del Estado en América latina: las instituciones administrativas como clave del desarrollo”, en *Derecho administrativo iberoamericano*, T. 1, Caracas, 2007, p. 619 y ss.

⁴⁸ Parejo Alfonso, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995, p. 103 y ss.

⁴⁹ Andrews, Matt et al, *Building State Capability*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 13 y ss

⁵⁰ Rotberg, Robert, “Failed States, Collapsed States, Weak States”, en *State failure and State Weakness in a Time of Terror*, World Peace Foundation and Brookings Institution Press, Cambridge-Washington DC., 2003, pp. 1 y ss.

⁵¹ Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

das a la arbitrariedad y la corrupción de la actividad administrativa. En situaciones extremas, propias de Estados fallidos, el incumplimiento de los fines de la Administración Pública puede dar lugar a emergencias humanitarias complejas⁵².

2. *La brecha de capacidad de la Administración Pública y el Derecho Administrativo Fallido*

La ampliación de los fines de la Administración Pública ha incidido en el concepto de Derecho Administrativo. Así, inicialmente el Derecho Administrativo podía definirse como el conjunto de reglas llamadas a prevenir la arbitrariedad de la Administración Pública en el ejercicio de su actividad de policía. Luego del advenimiento del Estado social, este concepto se amplió, en tanto el Derecho Administrativo es también el conjunto de reglas que regulan la actividad administrativa orientada a promover el desarrollo humano sustentable e inclusivo⁵³.

Brechas en la capacidad estatal pueden afectar la efectividad de ambos propósitos. Se advierte que estas brechas no solo existen en situaciones extremas, pues lo común es que todo Estado tenga cierto grado de fragilidad, ante brechas que impiden atender debidamente todos sus cometidos. Con lo cual, en la práctica, el Derecho Administrativo puede tener fallas que impiden prevenir la arbitrariedad de la Administración Pública y promover el desarrollo sustentable e inclusivo. Para describir esas fallas, hemos propuesto hablar de “Derecho Administrativo fallido”.

El Derecho Administrativo fallido es resultado, predominantemente, de la brecha entre las reglas existentes y su implementación práctica por la Administración Pública para la atención de sus fines. Así, fallas en la capacidad estatal impiden a la Administración Pública cumplir con las reglas del Derecho Administrativo, ante lo cual surge una diferencia entre el ámbito de esas reglas (*de iure*) y el ámbito de su implementación en la práctica (*de facto*). Así, en el Derecho Administrativo fallido las reglas *de iure* dejan de aplicarse y en su lugar surgen reglas *de facto*⁵⁴.

Esa reflexión es importante pues el Derecho Administrativo fallido impide a la Administración Pública cumplir con sus fines, y en especial, impide el cumplimiento efectivo de los estándares de la buena administración y de las tareas asociadas al desarrollo humano sustentable e inclusive. Con lo cual, la correcta realización de los fines de la Administración Pública exige atender a estas fallas, todo lo cual pasa por reconstruir la capacidad estatal. Riesgos globales a la salud (como los evidenciados con la pandemia del COVID-19) han puesto en evidencia estas fallas, y la necesidad de reconstruir la capacidad del Estado administrativo.

⁵² Keen, David, *Complex emergencies*, Polity Press, Malden, 2008, pp. 1 y ss.

⁵³ Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, T. I, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 19 y ss.

⁵⁴ Este análisis no ha sido incorporado al Derecho Administrativo, pero sí ha sido abordado desde las Ciencias Económicas. *Vid.*: Pritchett, Lant, *et al*, *Deals and Development*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 24 y ss.

Atender las fallas del Derecho Administrativo que impiden el efectivo cumplimiento de sus fines no es, sin embargo, tarea sencilla ni de corto plazo⁵⁵. Tomando en cuenta la coevolución entre desarrollo y capacidad estatal⁵⁶, hay dos técnicas que pueden permitir atender a esas fallas de cara a asegurar el cumplimiento de los fines de la Administración Pública: (i) acuerdos público-privados y (ii) la cooperación internacional, a través del Derecho Global, en la medida en que el sector privado y organismos internacionales puedan asumir el cumplimiento de los fines que la Administración Pública doméstica no puede atender.

Boston, Agosto 2020

⁵⁵ Hernández G., José Ignacio, “Capacidad estatal, emergencias complejas y derechos sociales”, en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, Editora JusPodivm, Salvador, 2019, pp. 681 y ss.

⁵⁶ En general, Hausmann, Ricardo, et al, “Growth diagnostic”, en Rodrick, Danni, *One economics, many recipes*, Princeton University Press, Princeton, 2007, pp. 56 y ss.

22. DE LOS DEBERES CONSTITUCIONALES DE LOS CIUDADANOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Juan Domingo ALFONZO PARADISI*

Resumen: El presente trabajo aborda los deberes constitucionales de los ciudadanos conforme a la Constitución de 1999. Los deberes constitucionales han sido un tema poco tratado en la doctrina venezolana. Se adopta el sentido estricto para categorizarlos, el cual lo constituye la sujeción al Poder del Estado. Tienen dos características estructurales: a) La de ser autónomos, no son simple consecuencia de derechos o institutos que la Constitución garantiza y b) la de pesar por igual para todos los ciudadanos. Concentrándose este trabajo en los deberes constitucionales previsto en los artículos 130 al 135 y haciendo referencia puntual al deber de trabajar (art 87), deber social de educación (art 102) y el deber de restablecer la Constitución (art 333).

Palabras Claves: Deberes constitucionales- obligaciones-servicio militar-servicios civiles- contribución a los gastos públicos-defensa de la patria.

Abstract: This paper addresses the constitutional duties of citizens under the 1999 Constitution. Constitutional duties have been a topic slightly discussed in Venezuelan doctrine. The strict sense is adopted to categorize them, which constitutes the subjection to the Power of the State. They have two structural characteristics: a) that of being autonomous, they are not a simple consequence of rights or institutes that the Constitution guarantees and b) to equally oblige all citizens. Focusing this work on the constitutional duties provided for in articles 130 to 135 and making specific reference to the duty to work (art 87), social duty of education (art 102) and the duty to restore the Constitution (art 333).

Key words: Constitutional duties- obligations-military service-civil services- contribution to public expenses-defense of the homeland.

La Constitución vigente encamina, de acuerdo con la tendencia del constitucionalismo contemporáneo, la consolidación del Estado Social de Derecho y de Justicia al garantizar un amplio catálogo de derechos individuales, políticos y sociales para la sociedad venezolana. Pero al ampliarse este catálogo de derechos, también se les asigna a los ciudadanos una serie de deberes formales para la materialización de estas conquistas.

Ello es consecuencia del principio de corresponsabilidad; principio fundamental que sustenta actualmente el modelo de Estado y de sociedad plasmado en la Constitución vigente, en donde el Estado tiene unas funciones y responsabilidades específicas y los ciudadanos tienen derechos y obligaciones que cumplir en los asuntos públicos. Es así como los ciudadanos no solo encuentran en la Constitución una serie de derechos

* Profesor de Derecho Administrativo UCV. Profesor de Postgrado en la Especialización de Derecho Administrativo UCAB.

fundamentales que dicho texto garantiza, sino que también están sujetos al cumplimiento de una serie de deberes para con el Estado y la sociedad. Así se ha señalado por la doctrina:” Si los derechos son elementos esenciales del ordenamiento jurídico y del sistema democrático, y elementos esenciales para la profundización del mismo (hasta el punto de haberse afirmado que *“sin derechos humanos no hay democracia bien entendida”*), también podemos considerar como tales a los deberes, en cuanto contrapartida de aquellos, en el entendimiento de que el respeto de los derechos requiere el cumplimiento de los deberes”.¹

De esta forma, la Constitución de 1999 en su Capítulo X, del Título III establece los deberes de los particulares. La Constitución vigente sigue una larga tradición que tiene su origen en la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, que precedió el texto de la Constitución francesa de 1795, y que se recogió en nuestro país en la Declaración de Derechos del Pueblo del 1 de julio de 1811 y en el texto de la Constitución de diciembre de ese mismo año². En estos textos, entre los Deberes del Hombre en Sociedad” se establece el siguiente texto:

*“Los deberes de cada ciudadano para con la sociedad son: vivir con absoluta sumisión a las leyes; obedecer y respetar a las autoridades constituidas; mantener la libertad y la igualdad; contribuir con los gastos públicos; servir a la patria cuando ella lo exige y hacerle, si es necesario, el sacrificio de los bienes y de la vida, y en el ejercicio de estas virtudes consiste el verdadero patriotismo.”*³

De este texto proviene una extensa tradición que se vio consagrada en los Artículos 126, 130, 131, 132, 133, 134 y 135 de la Constitución de 1999 (en lo adelante CRBV), en consonancia con la necesidad de obtener eficacia de los derechos, la realización del principio de supremacía normativa y el respeto al orden público interno venezolano, establecen un grupo de deberes constitucionales –o conductas exigidas para con la sociedad– entre los que merecen citarse el deber de honrar y servir a la Patria, sus valores y símbolos, así como proteger su soberanía e integridad territorial (Art. 130), cumplir y acatar la Constitución y las leyes (Art. 131), de coadyuvar con sus contribuciones a los gastos públicos (Art. 133), a prestar los servicios civil, militar y electorales (Art. 133), así como el de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país (Arts. 132 y 135). Se entiende que la sociedad civil tiene estos deberes formales que comparte con el Estado se da paso así, a la noción

¹ Alegre Martínez, Miguel Ángel: “Los deberes en la Constitución Española:” Esencialidad y problemática”. *Teoría y Realidad Constitucional* N°23, UNED 2009, pp. 271-291. Quien destaca el valor “de la presencia de derechos y deberes en los textos constitucionales, así como el carácter normativo que esa presencia les confiere, obedece a un *fundamento común*, que no es otro que la persona y su dignidad, y que deja probada su *complementariedad y esencialidad* en el marco del sistema democrático”.

² Brewer-Carías, Allan R. *Las Declaraciones de Derechos del Pueblo y del Hombre de 1811*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Fundación Juan German Roscio. Colección de Estudios N° 93, Caracas 2011, p. 148.

³ Los antecedentes de este artículo se ubican en los artículos 3 y 9 de la Sección de “Deberes” de la Declaración de 1795, en los cuales se estableció: “Art. 3. *Les obligations de chacun envers la société consistent à la défendre, à la servir, à vivre soumis aux lois, et à respecter ceux qui en sont les organes.* Art. 9 *Tout citoyen doit ses services à la patrie et au maintien de la liberté, de l’égalité et de la propriété, toutes les fois que la loi l’appelle à la défendre.*”

de corresponsabilidad de donde la sociedad civil debe cumplir de manera responsable con el Estado los deberes que formalmente se le establecen⁴.

I. PRINCIPIO DE ALTERIDAD DERECHO-DEBER

Por otra parte, se debe resaltar que a cada derecho constitucional corresponde un deber. Así uno de los principios esenciales de orden constitucional es el denominado principio de alteridad, que implica que todo derecho comporta una obligación y que todo titular de un derecho tiene que tener relación con un sujeto obligado. El respeto de los derechos requiere el cumplimiento de los deberes. Todos los derechos generan deberes, pero, como veremos no todos los deberes generan como contrapartida derechos.

“No hay, por tanto, derechos sin obligaciones ni obligados; por lo que la consagración de supuestos derechos que no pueden originar obligaciones u obligados, por imposibilidad conceptual, no es más que un engaño”⁵. Así se critica como un error de la Constitución la confusión entre buenas intenciones y los derechos constitucionales, lo cual puede derivar en diversos casos a la imposibilidad de satisfacer algunos derechos sociales. Así hay una serie de derechos y garantías sociales cuya satisfacción es imposible, constituyen aspiraciones o “*declaraciones de principios*” muy bien intencionados, pero que no constituyen en realidad un “derecho” constitucional propiamente dicho, porque no tienen una obligación estatal correlativa también de rango constitucional, lo cual conlleva a que su satisfacción sea improbable. Se ha señalado, por la doctrina, que se confundieron las buenas intenciones y declaraciones con “derechos” constitucionales⁶. Por ejemplo, el derecho a la salud se consagra como un derecho social fundamental, obligación del Estado que lo garantizará como parte del Derecho a la vida (art. 83 de la CRBV). Así plantea Brewer que el Derecho a la salud no se puede garantizar de manera absoluta, porque ello equivale a establecer el Derecho a no enfermarse. Así, lo que puede preverse como derecho constitucional es la protección de la salud, esto es la obligación por el Estado de velar por dicha protección, estableciendo servicios públicos de medicina preventiva y curativa. Lo mismo se señala en cuanto al derecho a la vivienda a “favor de “toda Persona” a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales (art. 82 de la CRBV). “Ese derecho, así como está consagrado, es de imposible satisfacción, se trata más bien de una declaración de principios que no puede conducir a identificar a un obligado a satisfacerla, y menos al Estado”⁷. Lo mismo es sostenido en cuanto al derecho a la seguridad social como servicio público no lucrativo que garantice la salud y asegure la protección de contingencias. Así se ha planteado que los derechos sociales carecen de virtualidad práctica, al requerir forzado desarrollo legislativo, pudiendo ser degradado su contenido a “*meros principios orientadores*”. Sin embargo, la discusión conforme a lo sostenido por la jurisprudencia (por ejemplo: Federación Médica de Venezuela TSJ- SC de 26 de mayo de 2004), consiste en precisar cuándo se está ante derechos fundamentales de contenido prestacional obje-

⁴ Anzola, Aurora. “La corresponsabilidad como principio constitucional en Venezuela”. Ensayo de fecha 6 de junio de 2012.

⁵ Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999 Comentada*. Editorial Arte. Caracas 2000, p. 200.

⁶ Brewer-Carías, Allan R. *Op. Cit.* p 201.

⁷ *Ídem* p. 200

to de control judicial y amparo y cuando se está ante una mera aspiración referidas al pliegue de prestaciones por parte de los Poderes Públicos (sometida a control político mas no a control judicial)⁸. Para verificar si se está en presencia del primero debe tratarse de “una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera del ciudadano o de un colectivo”.

Pero, además de esta distinción entre Derechos subjetivos prestacionales⁹ y normas contentivas de mandatos a los Poderes Públicos la Constitución (por ejemplo el mandato realizado al legislador en virtud de lo previsto en el art. 80 de la CRBV que no generan derechos subjetivos a los ancianos), lo cual, según un sector de la doctrina¹⁰, fuerza a encarar otro problema consistente en el reconocimiento de la existencia de derechos subjetivos reconocidos como tales por el constituyente, pero carentes de concreción mínima (por ejemplo: derechos a la vivienda adecuada o la prestación de salud). Aunado a que a la falta de concreción mínima de esos derechos se le suma la obligación o deber ciudadano de solidaridad social previsto en el artículo 135 de la CRBV pudiendo ser exigida frente a los particulares.

Así se plantea que no cabe duda de que se trata de derecho subjetivos constitucionales pero que la discusión debe centrarse en “el alcance que esos derechos tienen: por ejemplo, en materia del derecho a la vivienda su exigibilidad quedará reducida a la puesta en funcionamiento del sistema prestacional¹¹ que permite alcanzar ese derecho asegurando el acceso a los llamados servicios básicos esenciales” y que el deber de solidaridad social no permite imponer cargas a los particulares que no tengan cobertura o desarrollo legal. En efecto, la limitación al ejercicio de la libre iniciativa privada solo se puede realizar de conformidad con la ley¹².

En todo caso, como explicaremos en el punto siguiente, de los deberes citados expresamente en la Constitución de 1999, sólo alguno de ellos cabe categorizarlos como *deberes constitucionales* en *sentido estricto* y, claro está, esos deberes deben ser materializados o concretizados mediante leyes que los desarrollen y establezcan, de ser el caso, en obligaciones. Ahora bien, ello no debe implicar que, sean jurídicamente irrele-

⁸ Hernández, José Ignacio. *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006 p. 86.

⁹ Los Derechos sociales o prestacionales sociales requieren para su efectividad de actos positivos del Estado para crear, prever y satisfacer necesidades derivadas del Estado Social (sentencia TSJ-SPA del 5-10-2000), así como establecer cargas positivas, mandatos u obligaciones en cabeza de los particulares, según su capacidad derivadas del principio de solidaridad y responsabilidad social previsto en el artículo 135 de la Constitución de 1999. Véase en este sentido sentencia TSJ-SC 24-01-2002 casos créditos indexados.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ídem*. p. 87.

¹² Aquí se ha sostenido, en ocasiones por la jurisprudencia, que en áreas afines a derechos prestacionales el contenido de la libertad económica se debilita, y que sería posible arbitrar restricciones a la libertad económica a fin de asegurar la satisfacción de derechos prestacionales al margen o con independencia de la ley Sentencia TSJ -SC 24-01-2002. Criterio con el cual estamos en desacuerdo porque, entre otras razones, constituye un abandono al principio de la legalidad fundamental en un Estado de Derecho y de Justicia. En efecto, no es que la libertad sea absoluta tiene limitaciones (constitucionales y legales), sino que se debe necesariamente respetar su contenido esencial y el respeto al principio de la legalidad y a la constitución como norma superior del ordenamiento jurídico.

vantes¹³ y más aun teniendo en consideración lo previsto en la Constitución de 1999 en su artículo 7 que prevé “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, y “que todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la Constitución”. De igual manera hay que analizar jurídicamente, las notas características de los deberes constitucionales y el criterio distintivo aplicable, como se realizará infra, sólo avanzando en este momento, en cuanto a los deberes constitucionales que ellos no son simple consecuencia de derechos o institutos que la Constitución garantiza.

II. DE LA CATEGORIZACIÓN DE DEBERES CONSTITUCIONALES EN ESTRICTO SENTIDO, SU DISTINCIÓN DE OTROS DEBERES ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y LAS OBLIGACIONES

En sentido amplio son deberes jurídicos todos los que el derecho impone, pero este conjunto engloba dos subconjuntos o especies distintas, señala Rubio Llorente, la de las obligaciones y la de los deberes en sentido estricto. La posibilidad de utilizar como criterio de la distinción uno u otro elemento de la estructura relacional, da lugar naturalmente a clasificaciones distintas. Así se ha afirmado: “si es simplemente el de la naturaleza, pública o privada, del titular del poder jurídico con que puede imponer o exigir el cumplimiento del deber, serán obligaciones todas las situaciones de sujeción correlativas de derechos subjetivos de particulares, y deberes las determinadas por la relación con órganos del poder; si, por el contrario, el criterio utilizado es el de la singularidad o generalidad de la situación, pasan a ser obligaciones las derivadas de relaciones singulares con la administración y quizás deberes los correlativos de derechos reales en la esfera privada, etc. El intento de encontrar un criterio de valor absoluto sólo sirve para generar confusión. Como, en abstracto, tan legítimo es un criterio como otro, la validez de cualquier clasificación depende exclusivamente de su adecuación lógica a la definición estipulada que le sirve de base y de su utilidad para el análisis de la realidad jurídica y la interpretación y aplicación de las normas¹⁴”.

Así, conforme a esa corriente importante de la doctrina española¹⁵, deberes constitucionales en *estricto sensu* son sólo aquellos que la Constitución impone como deberes frente al Estado, como elementos del status general de sujeción al poder. Así se propone utilizar como criterio distintivo, entre otros criterios¹⁶, “el del interés o bien jurídico que

¹³ Sin embargo, el estudio y análisis de los deberes constitucionales ha sido muy poco atractivo y además éstos han sido considerados jurídicamente irrelevantes y prescindibles. Además, las normas que los enuncian muchas veces no determinan con precisión el contenido de los deberes, ni prevén sanción alguna para su incumplimiento. Se ha sostenido, así mismo, que sus destinatarios no son los ciudadanos sino el legislador. mandatos que le imponen la obligación de aprobar las leyes necesarias para que los ciudadanos cumplan estos deberes, concretándolos y dotándolos de sanción, o simples cláusulas habilitación que le autorizan a dictar estas, pero sin forzarlos. Véase Rubio Llorente, Francisco. “Los Deberes Constitucionales” en *Revista Española De Derecho Constitucional* N° 62. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (mayo/agosto 2001), pp. 14- 15.

¹⁴ Rubio Llorente, Francisco. “Los Deberes Constitucionales” en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 62 (mayo/agosto 2001). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11-56.

¹⁵ *Ídem* p. 18.

¹⁶ Consúltense: Alegre Martínez, *Op. Cit.* pp. 271-291. En relación con otros criterios aunado al esbozado concerniente al sentido estricto. En este sentido, este autor destaca que conforme a la doctrina española “En esta distinción entre los deberes en *sentido estricto* y los demás (los que son y están, y los que

con la imposición se pretende servir. Para determinar que estamos en presencia de deberes constitucionales, en estricto sentido, se dan dos características: a) la de ser autónomos, esto es que no sean simple consecuencia de derechos o institutos que la Constitución garantiza o de potestades que se atribuye y b) la de pesar por igual para todos los ciudadanos (o todos los sometidos al poder del Estado), no sólo los que se encuentran en determinada relación con otros. Son estos elementos estructurales los que han de tomarse en cuenta para la construcción de la noción de los deberes constitucionales, y no su simple mención en la Constitución, para así poder identificar las normas que los consagran como normas que configuran el status básico de los ciudadanos y de manera general los sujetos a la jurisdicción del Estado y cuyos destinatarios son todos los sometidos al poder, no por ser titulares de derechos cuyos límites, intrínsecos o extrínsecos, generan deberes u obligaciones, o por estar relacionados con otros individuos en el seno de instituciones o institutos de derechos privados constitucionalmente garantizados, cuya estructura los incluye” Así Rubio Llorente señala que:

“A partir de esta noción, se reduce considerablemente el elenco de deberes constitucionales que nuestra doctrina suele mencionar, pues manifiestamente no es la misma la función que la referencia al “deber” tiene en los distintos preceptos de nuestra Constitución en los que el término deberes recíprocos de los cónyuges a los que alude el artículo 32 no son, como claro, deberes que la Constitución pretenda imponer a todos, sino sólo los cónyuges tienen en su relación mutua, ni el sentido del precepto es el asegurar su existencia, sino el de garantizar que serán iguales para ambos y que serán los impuestos por la ley civil, no por la canónica. Tampoco son deberes frente al Estado, los que los padres tienen de prestar asistencia a los hijos, ni al mencionarlos pretende fundamentar el poder del legislador para imponerlos, sino impedirle que, al hacerlo, es-

simplemente están), encontramos un primer y valioso criterio delimitador; ahora bien, puesto que esos otros deberes también están en la Constitución bajo diferentes denominaciones y ropajes, necesitaremos considerar también las demás variables en juego” las cuales señalamos resumimos de seguidas conforme al expresado por el profesor Alegre Martínez: A) Deberes explícitos e implícitos derivados de derechos y obligaciones mencionadas a lo largo del texto constitucional; B) Deberes cívicos como el de votar (25CE), obligación de presidir o ser vocal en mesas electorales o la de participar como jurados en tribunales; C) *Mandatos a los poderes públicos*, que bien pueden considerarse *deberes genéricos*, sujeción a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) dirigido también a los ciudadanos), o el de promover las condiciones para la libertad de igualdad efectivas, remover los obstáculos para su plenitud y facilitarla participación política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE), En realidad, en un sentido muy amplio, cada vez que la Constitución prevé una función o una tarea para cualquiera de los órganos o poderes del Estado, le está imponiendo el deber de cumplirlo. Por ejemplo, del art. 66.2 CE se deduciría el deber de las Cortes de “ejercer la potestad legislativa del Estado, entre otro; D) Mandatos o deberes genéricos contenidos en el *Preámbulo* constitucional, presentados bajo la forma de objetivos que “la Nación Española” “proclama su voluntad” de lograr consolidar un Estado de Derecho, promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, establecer una sociedad democrática avanzada; E) Deberes genéricos mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. el respeto a la ley y a los derechos de los demás como proyección y consecuencia de la proclamación de la dignidad de la persona; F) todos los derechos generan deberes, o que, incluso, *son deberes*. Se ha escrito en tal sentido que “hablar de derechos es siempre hablar de deberes, porque la consagración de cualquier derecho constitucional implica siempre la imposición de una serie de deberes para los poderes públicos e indirectamente para los ciudadanos. Los deberes de los particulares generan correlativamente deberes para los poderes públicos. Por ejemplo: el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1) generaría el deber de administrar esos recursos de manera transparente, honesta, austera y eficaz, aunque eso sea más de lo que expresamente dice el artículo 31.2.CE ; G) y la posibilidad incluso, dados derechos innominados, la previsión de deberes innominados.

tablezca distinciones entre hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de ni uno ni otro precepto crean deberes; estos se mencionan simplemente como parte de unas instituciones civiles (el matrimonio, las relaciones paternas) a las que el constituyente ha considerado necesario hacer referencia explícita para imponer su reconstrucción de acuerdo con principios constitucionales básicos, en concreto, el de igualdad y el de no confesionalidad del Estado. Tampoco son preceptos creadores de deberes, sino atributivos de competencias, los que imponen la obligación de comparecer a requerimiento de Comisiones de investigación de las Cortes, o de cumplir las sentencias judiciales y atender a los requerimientos de jueces y tribunales en el curso del proceso. Sus destinatarios no son los ciudadanos, sino los órganos a los que refieren para otorgarles el poder de imponer obligaciones”¹⁷.

Así las cosas, de acuerdo al criterio señalado, los deberes constitucionales en sentido estricto son los que la Constitución impone como deberes frente al Estado, clasificándose dentro del elenco de deberes de acuerdo al interés o finalidad: deberes impuestos en interés del Estado, deberes en interés de la nación o cohesión social y, deberes anómalos que siguen diversas finalidades no fáciles de precisar, entre estos últimos se ubican, el deber de trabajar, la enseñanza básica, deber de proteger el medio ambiente.

En el caso de nuestra Constitución y dada la tradición constitucional desde la Declaración de Derechos del Pueblo del 1 de julio de 1811 y en el articulado de la Constitución de nuestra primera Constitución de 1811, se prevé el capítulo X de los “Deberes” formando parte del Título III de la Constitución “De los Deberes, Derechos humanos y Garantías”.

Así, una vez previstos tales deberes en sentido estricto en la CRBV, fundamentalmente en el capítulo X del Título III y previstos de manera autónoma, no por su relación consecencial directa con determinados derechos e institutos y la de pesar por igual para todos los ciudadanos (o todos los sometidos al poder del Estado), y una vez establecida su finalidad expresamente o derivada de las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente; ello es relevante a los efectos, de su desarrollo legislativo, de si se aparta de la finalidad constitucional y más aún en nuestro sistema jurídico el cual prevé el control constitucional de los actos y entre ellos el control jurídico constitucional de las leyes. Así mismo, en ese desarrollo legislativo de los deberes constitucionales habrá que precisar si se establecen obligaciones para la exigibilidad de éstos e incluso sanciones para los casos de incumplimiento.

Así, nos dedicaremos en el presente trabajo por razones de espacio, fundamentalmente, a los deberes frente al Estado previstos en la CRBV en los artículos 130 al 135 en el capítulo X título III de la Constitución, así como puntualmente a otros deberes constitucionales que figuran en otros capítulos como el deber de trabajar (art 87), deber social de educación (102) y el deber de restablecer la Constitución (art. 333); no haciendo referencia a otros deberes mencionados en el texto de la Constitución de 1999, como por ejemplo aquellos relacionados con instituciones civiles protegidas por la Constitución, como por ejemplo: el deber de los padres de formar, educar y asistir a sus hijos (art. 76 de la CRBV) o los derechos y deberes de los cónyuges entre sí (art. 77 de la CRBV).

¹⁷ *Idem*, p. 19.

III. DEBER DE HONRAR Y DEFENDER LA PATRIA: ART. 130 DE LA CRBV

El deber de defender la patria, contemplado en el artículo 130 de la CRBV, establece que “todos los venezolanos tienen el deber de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación”. Aquí la palabra patria hace referencia a un vínculo de pertenencia a una sociedad, cultura y territorio. Se encuentra, así el concepto de patria “como lazo de pertenencia a una sociedad político territorial, siempre vigente, y que exige a los venezolanos su defensa y respeto y el deber de resguardar sus intereses; en definitiva, el deber de ser leal con la nación venezolana”¹⁸.

El incumplimiento de este deber constituye lo que se califica como traición a la patria, conducta sancionada en el vigente Código Penal¹⁹ en el artículo 128 y que constituye un delito de carácter político, cambiante en el espacio y el tiempo, y dependiente del sistema político imperante en el Estado. Así se castiga con pena de presidio de veinte a treinta años cualquiera que, de acuerdo con país o República extranjera, enemigos exteriores, grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos, conspire contra la integridad del territorio de la patria, o contra sus instituciones republicanas, o las hostilice por medio para algunos de estos fines.

Según Tulio Chiossone²⁰, el concepto de Patria, que da la idea de nexo sentimental, debemos asimilarlo de acuerdo con el criterio que privó en la redacción de la Constitución de 1961, al de República “*que es la personificación del Estado*”, pues esta última denominación ha de usarse de manera excepcional cuando ello sea considerado necesario para determinar el concepto de organización política y jurídica representada por el poder público frente a las actividades privadas”. (exposición de motivos Const. de 1961). Por tanto, Según Chiossone el epígrafe del Código Penal sobre “delitos contra la independencia y seguridad de la Nación” hay que entenderlo como hechos que afectan la República, que en este caso es lo mismo que nación. Otro de los objetos del delito es: “*conspirar contra las instituciones republicanas de la patria*”. Son instituciones republicanas “aquellas que integran el concepto republicano en oposición al monárquico, dictatorial con ideología definida o sin ella, o cualquier otro sistema que consagre la representación del poder en un hombre o en un grupo, y que imposibilite la alternabilidad”²¹. En cuanto a la hostilidad es uno de los elementos del tipo delictivo y se entiende que es utilizada en el sentido de causar daño a la República con el dolo específico de

¹⁸ Brewer-Carías, Allan R. “Los deberes constitucionales y el deber de defender la patria” en el diario *El Nacional*, cuerpo A, página 4, 15 de noviembre de 1988.

¹⁹ *Gaceta Oficial* N° 5768 Extraordinario del 13 de abril de 2005.

²⁰ Chiossone, Tulio. *Manual de Derecho Penal Venezolano* Curso de Derecho facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1981. p. 329.

²¹ *Ibidem*. Consúltase así mismo Mendoza Troconis, José Rafael. *Curso De Derecho Penal Venezolano*, T. IV, Parte Especial, Volumen I, 3ª Edición, 1984, p. 36, quien sostiene: “Forma parte de asociaciones o confabulaciones internacionales o nacionales que tengan por finalidad la exteriorización de doctrinas *socialistas o comunistas* es otra forma de comisión de ese delito, porque ambas doctrinas exigen para su implantación no solo una transformación en el *orden social existente*, sino también un cambio en las formas políticas existentes, que permitan la realización del *socialismo o del comunismo*...”

lograr la lesión de parte de su territorio o cambiar alguna de sus instituciones republicanas sin alterar totalmente la forma política. En cuanto al deber de defender la patria, es relevante lo señalado por un sector de la doctrina italiana²² según la cual “El elemento material del delito de traición a la patria lo constituye el hecho dirigido a someter el territorio del Estado o una parte del territorio nacional a la soberanía de un Estado extranjero, o mejor dicho, a comprometer la independencia y unidad”²³

Así mismo, prevé el artículo 129 del código penal que será castigado con presidio de veinte a veintiséis años el que dentro o fuera de Venezuela, sin complicidad con otra nación, atente contra la independencia o la integridad del espacio geográfico de la República. Será castigado con pena de presidio de dieciocho años a veinticinco años cualquiera que, en tiempo de guerra de alguna nación extranjera con Venezuela, aparezca sublevado en armas contra el gobierno legítimo de la República, y no las deponga a la primera intimación de la autoridad pública, de acuerdo con el artículo 130 del código penal. Con presidio de doce a veinticuatro años, conforme al artículo 131 del código penal cualquiera que, dentro o fuera del territorio nacional, y a tiempo que Venezuela se halle amenazada de guerra extranjera, favorezca, facilite o ayude directa o indirectamente, con revueltas interinas, o por medio de actos de perturbación del orden público las miras, planes o propósitos de los enemigos extraños y no se aparte de aquellas revueltas, ni se retraiga de dichos actos a la primera intimación de la autoridad pública o por propia o espontánea deliberación. Con presidio de ocho a dieciséis años cualquiera que conspire, dentro o fuera del territorio nacional, para destruir la forma republicana que se ha dado la nación (art. 132 del código penal). Con siete a diez años, de conformidad con el artículo 133 del código penal, cualquiera que indebidamente y con perjuicio de la República haya revelado los secretos políticos o militares concernientes a la seguridad de Venezuela; entre otros delitos previstos en los artículos 134 al 140 del código penal.

Se prevé en el artículo 130 de la CRBV el deber de honrar y defender los símbolos patrios. En este sentido, el vigente código penal castiga con prisión de dos meses a un año cualquiera que por desprecio arrebatara, rompiera o destruyere en un lugar público o abierto al público, la bandera nacional u otro emblema de la República y si el delito se cometiere encontrándose la República empeñada en una guerra extranjera, la prisión será de tres meses a dos años.

A pesar de que el deber de defender la patria puede materializarse en el uso de las armas se ha señalado²⁴ que no puede incurrirse en el reduccionismo de identificarlo con

²² Manzini, Vincenzo. *Diritto Penale italiano*, UTET, T. IV, 1950, p. 27-28.

²³ *Op. Cit.* p. 24 señala este autor en cuanto a la independencia del Estado. “Independencia es ausencia de todo vínculo de subordinación de un Estado territorialmente a la soberanía de otro Estado, así en las relaciones de orden interno (ordenamiento político, jurisdiccional, administrativo, financiero) como en las relaciones de orden internacional (derecho de representación, de guerra, de igualdad de mutuo respeto). No son independientes aquellos Estados que, aun considerados territorialmente soberanos por el Derecho Internacional, carecen de plena autonomía en su organización interna o en las relaciones internacionales, o sea, que son sujetos a una intervención de cualquier tipo, en el ejercicio de sus poderes de soberanía”.

²⁴ Véase en este sentido Meier Eduardo. “El Servicio militar en la Constitución Venezolana: Ni militar, ni obligado”, en *Revista de Derecho Público* N° 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, p. 33 y ss.

el servicio militar, ya que éste deber puede ser también concretado mediante la prestación de servicios civiles, lo que permite, como señala la doctrina, la posibilidad de apelar a un concepto más moderno, amplio e integrado de defensa nacional y seguridad, propio de los estados democráticos, que abarca también una dimensión civil y no se agota en lo militar.²⁵

En este sentido el artículo 322 de la CRBV prevé en cuanto la seguridad de la nación que es competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral de ésta y su defensa es responsabilidad de los venezolanos y venezolanas; también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional, lo que quiere decir que el deber de seguridad de la Nación exige la participación de todas las personas, no sólo de los venezolanos.

Así mismo, el artículo 326, prevé que” La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil” pero se precisa en el artículo 328 de la CRBV que. “No obstante será la Fuerza Armada Nacional como institución esencialmente profesional, sin militancia política, al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna, *quien garantizará la independencia y soberanía de la Nación y asegurará la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar*, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, teniendo como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación (artículos 328 y 329)²⁶.

IV. DEBER DE CUMPLIR LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES ART. 131 CRBV

“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.”

No sólo la administración o el poder público en general debe actuar conforme a la Constitución y las leyes, sino igualmente los ciudadanos tienen el deber de cumplir y acatar la Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público. Así se prevé la correlación entre los derechos y los deberes. Todo derecho tiene como correlativo un deber y viceversa. En este sentido, como origen remoto se encuentra la declaración de los Deberes del Hombre en la Sociedad contenidos en la Constitución de 1811 y allí se preveía en su art. 192: “La declaración de los derechos contiene obligaciones de los legisladores, pero la conservación de la sociedad pide que los que la componen conozcan y llenen igualmente las suyas” (subrayado nuestro).

Por tanto, así como existe una declaración y reconocimientos de derechos para la conservación de la sociedad se precisa el establecimiento de una serie de deberes para los ciudadanos que la componen entre ellos el deber de cumplir y acatar las normas constitucionales y legales.

²⁵ Balaguer Callejón, Francisco. *Derecho Constitucional*. Volumen II. AA.VV. Balaguer Callejón, Francisco (Coordinador), Tecnos, Madrid, p. 321.

²⁶ Meier, Eduardo: *Op. cit.* p. 40.

Así en el artículo 194 de la Constitución de 1811 se estableció:

“Son deberes de cada individuo para con la sociedad vivir sometido a las leyes”

Así en la Constitución de 1999, dentro del grupo de deberes constitucionales se establece en su artículo 131, el deber de cumplir la Constitución y las Leyes, en consonancia con la necesidad de obtener la eficacia de los derechos, la realización del principio de supremacía normativa y el respeto al orden público interno venezolano,

V. DEBER DE SOLIDARIDAD SOCIAL ART. 132 DE LA CRBV

Por otro lado, todas las personas tienen el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social (art. 132).

Esta norma fue contemplada por primera vez en la Constitución de 1961. En aquel momento, la exposición de Motivos del Proyecto de Constitución destacó su novedad, y consideró que su consagración expresa no solo era necesaria, sino conveniente, pues “traduce uno de los conceptos de mayor importancia en la vida moderna, a saber, el de que la solidaridad social impone a todos un compromiso que no es simplemente moral, sino que las leyes pueden y deben exigir en muchas ocasiones, contribuir a la resolución de problemas sociales en proporción a las respectivas capacidades”.²⁷

Estos deberes que se derivan del principio de solidaridad social pueden ser encontrados en la misma Constitución o en las leyes, por ejemplo, el artículo 101 constitucional establece deber de los medios de comunicación de coadyuvar a la difusión de los valores de la tradición popular; el artículo 108 el deber de los medios de comunicación de contribuir a la formación ciudadana; y el artículo 110 el deber del sector privado de aportar recursos para la ciencia, tecnología e innovación. Este deber de solidaridad social ha sido ampliamente desarrollado en materia educativa. En efecto, la Ley Orgánica de Educación establece en el Título VI las obligaciones de las empresas, las cuales, en la medida de sus posibilidades económicas y financieras estarán obligadas a dar facilidades a sus trabajadores en orden a su capacitación y perfeccionamiento profesional, así como a cooperar en la actividad educativa y cultural de la comunidad, a facilitar instalaciones y servicios para el desarrollo de labores educativas, especialmente en programas de pasantías y de cursos cooperativos, de estudio-trabajo y en todos aquellos en los cuales intervengan en forma conjunta las empresas y los centros de investigación y tecnología (Art. 108 LOE). Además, las personas que se ocupen por cuenta propia del parcelamiento de terrenos o de la construcción de viviendas unifamiliares o multifamiliares, que tengan la magnitud y destino señalados en el reglamento, tendrán la obligación de construir, en la oportunidad y de acuerdo con las especificaciones que establezca el Ministerio de Educación, locales suficientes y adecuados para que la Nación pueda prestar los servicios de Educación preescolar (Art. 111 LOE).

²⁷ Brewer-Carías, Allan R. “La solidaridad social y los deberes ciudadanos”. *El Nacional*, 6 de diciembre de 1961.

VI. DEBER DE CONTRIBUIR CON LOS GASTOS PÚBLICOS ART. 133

El artículo 133 de la vigente Constitución establece:

“Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley”.

Así, el artículo 133 de la CRBV prevé el principio de Generalidad Tributaria o Principio de Solidaridad Social²⁸, según el cual todos los ciudadanos tienen el deber constitucional de contribuir al sostenimiento del Estado, mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley. Ahora bien, este deber de toda persona de coadyuvar con los gastos públicos (principio de generalidad), para contribuir con las cargas públicas, no implica arbitrariedad y el Poder Tributario no es absoluto, en el sentido, que de acuerdo con nuestra norma superior –conforme a lo previsto en la Constitución artículo 7 de la CRBV– éste debe ser ejercido de conformidad con lo establecido en la ley (principio de legalidad tributaria). La obligación de contribuir y el poder del Estado de imponer dicha obligación de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución vigente no puede menoscabar los derechos Constitucionales, entre ellos, el derecho de propiedad, previsto en el artículo 115 de la vigente Constitución. Así los principios constitucionales de la tributación son las garantías fundamentales del sistema tributario y buscan evitar que el Poder Tributario del Estado sea ejercido de manera arbitraria y que a través de su ejercicio se violen o menoscaben los derechos constitucionales, entre ellos el derecho de propiedad²⁹.

El citado artículo 133 constitucional refleja tanto un deber³⁰, como el principio de reserva legal tributaria. Así desde el punto de vista jurídico, “la generalidad se enuncia diciendo” que el gravamen se debe establecer, en tal forma que cualquiera persona cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del crédito fiscal debe ser sujeto del impuesto³¹. acto efecto del principio de Igualdad Tributaria en el sentido de que todos están obligados a pagar tributos (impuestos, tasas y contribuciones) para contribuir a los gastos públicos.³²

²⁸ Belisario, José Rafael, “Los Principios Constitucionales que sirven al Sistema Tributario Venezolano” en *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT), T. I, p. 121.

²⁹ *Ídem* p. 122.

³⁰ Este deber constitucional de contribuir con los gastos públicos así como el servicio militar son denominados “Deberes Prestacionales o Deberes de Prestación General” por el autor Peces Barba; Gregorio en “Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Los deberes fundamentales*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Disponible en: <<https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-los-deberes-fundamentales>>.

³¹ Casado Hidalgo, Luis Raúl. *Temas de hacienda Pública*, Ediciones de la Contraloría General de la Republica, 1978, p. 401.

³² Pues bien, la generalidad del tributo prevista anteriormente en el artículo 56 de la Constitución de 1961, señala Casado Hidalgo en su obra citada: “en el orden histórico viene a ser el primer efecto del viejo concepto de la justicia impositiva de que habla Adam Smith en el libro V de la obra *La riqueza de las Naciones*. Modernamente como ya dijimos es también efecto del principio de la igualdad: asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en análogas situaciones”. Así señala Casado Hidalgo, que el artículo 223 de la Constitución de 1961 fijaba lo que denominó la *dogmática inexcusable en el sistema tributario*, y muchas de sus normas constitucionales se basaban directa o remotamente en él, pero señaló también que las normas del Título VIII de la Constitución de 1961 respondían a otra norma como lo era la del artículo 56, que considera al sistema tributario como el instrumento más idóneo para que todos los venezolanos y extranjeros, cumplan con la obligación “*de contribuir a los gastos*

En efecto, el principio de generalidad involucra la noción de que cuando una persona física o jurídica se encuentra en las condiciones que establece el deber de contribuir según la ley, éste debe ser cumplido cualquiera sea el carácter del sujeto, su categoría social, nacionalidad, edad o estructura. En este sentido el profesor argentino Villegas³³ señala sobre el principio de generalidad tributaria “se refiere más a un aspecto negativo que positivo. No se trata de que todos deban pagar tributos, según la generalidad, sino que nadie debe ser eximido por privilegios personales de clase, linaje o casta. En otras palabras, el gravamen se debe establecer en tal forma que cualquier persona, cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del tributo, debe quedar sujeta a él.

El principio de la generalidad del tributo aparece igualmente consagrado en el artículo 316 del Texto Constitucional vigente el cual dispone “El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas...”. Como se ha expresado, este principio contrae un imperativo general a todos los ciudadanos, el cual se verifica en el deber de contribuir con las cargas públicas, atendiendo al principio de progresividad y a la protección de la economía nacional, así como a elevar los niveles de calidad de vida de la población. Aquí, excepcionalmente, habrá que tener en cuenta las medidas que sean dictadas para estimular e incentivar determinadas actividades o sectores económicos en el país³⁴.

públicos” Esta norma consagró *el deber*, y las del título VIII de la referida constitución establecían las limitaciones y los imperativos que debe cumplir el legislador en la organización del sistema así como los fines perseguidos por el constituyente de 1961.

³³ Villegas, Héctor. *Curso de Finanzas. Derecho Financiero y Tributario*. Parte General. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2005, p. 187 en el mismo sentido ver Fraga Pittaluga, Luis. *Principios Constitucionales de la Tributación*. Editorial Torino, Caracas 2006, quien expresa que este principio supone que nadie puede eximirse de satisfacer sus obligaciones tributarias, alegando para ello el gozar de algún privilegio o prerrogativa especial, siempre que ésta esté basada en un ventajismo injustificado que atente contra el principio de justicia de igualdad.

³⁴ En cuanto a la jurisprudencia sobre el principio de generalidad y su alcance consúltese, entre otras: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional del 21 de noviembre de 2000 que resolvió la nulidad parcial solicitada contra el encabezamiento del artículo 28 del Decreto Ley N° 53.304, de fecha 24 de septiembre de 1993, mediante el cual se promulgó la Ley de Impuesto al Valor Agregado. Así en dicha sentencia se sentó en cuanto al principio de generalidad: Así las cosas, el impuesto indirecto de tipo valor agregado desde todo punto de vista se encuentra inmerso dentro del principio de la generalidad, tanto desde el punto de vista de los actos o situaciones gravadas, como desde el punto de vista del universo de los contribuyentes, ya que siempre que se realice alguno de los hechos imponibles tipificados en la ley, surgirá necesariamente la obligación del contribuyente de pagar el tributo. Ahora bien, en el caso de autos, observa esta Sala Constitucional que tal principio no resulta infringido por la norma contenida en el hoy artículo 29 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado de fecha 3 de agosto de 2000, debido a que el impuesto soportado por los consumidores como consecuencia de la traslación del tributo, no opera como una indemnización para los sujetos pasivos señalados en la ley in comento, sino que estos últimos, se encuentran en la obligación de enterar el aporte recibido por concepto de dicho tributo al Fisco Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, por lo que se cumple de esta manera la obligación de todo ciudadano de contribuir a los gastos públicos, tal como lo establece el artículo 133 de la Constitución de 1999.)... Con base a lo transcrito anteriormente, esta Sala observa que el tributo de tipo valor agregado no sólo no violenta el principio cardinal de la generalidad del tributo, sino que ayuda a racionalizar la carga tributaria dentro del sistema impositivo nacional. Asimismo, por lo que respecta a la denuncia formulada por el accionante, relativa a que los sujetos pasivos determinados en la Ley de Impuesto al Valor Agregado, no contribuyen a los gastos públicos, considera esta Sala Constitucional que no se configura en el presente caso la violación del principio de la generalidad del tributo, pues los su-

Como otro límite al ejercicio del Poder Tributario se encuentra la garantía de la igualdad, en virtud de la cual, el sistema tributario debe responder al principio de generalidad y justicia fiscal. La Constitución de 1999, establece en su artículo 316 que: “El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente, añadiendo el principio de progresividad...” En consecuencia, cualquier tributación desigual o discriminatoria es confiscatoria porque destruye la propiedad y desconocería el principio de igualdad ante las cargas públicas. En este sentido, en una importante sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Plena del 29 de abril de 1997 Caso D.O.S.A., fue alegado por los recurrentes que el aumento de la alícuota impositiva en el clasificador anexo a la ordenanza del Municipio Sucre del Estado Mérida no cumplía con el elemento de generalidad y abstracción que debe caracterizar a la norma tributaria para dar cumplimiento al principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. En dicho caso, el único sujeto afectado fue la compañía D.O.S.A y que tal hecho debió ser del conocimiento al momento de la discusión sobre la reforma de la mencionada ordenanza de Patente de Industria y Comercio. En relación con el principio de igualdad ante las cargas públicas, la Corte observó que dicho principio no excluye la posibilidad de que se establezcan diferentes tasas impositivas, destinadas a gravar actividades económicas de índoles diversas, siempre que estas diferencias no violen los límites de la racionalidad. Así mismo, la Corte señaló que el principio de generalidad del tributo no implica uniformidad o igualdad de cargas, pues otras consideraciones tales como el tipo de actividad gravada o la capacidad económica del contribuyente, pesarán en el establecimiento de la alícuota de tributo. Así mismo, la Corte sentó en cuanto “al hecho alegado, de ser la accionante el único contribuyente en determinada categoría, no desvirtúa la generalidad de la norma impositiva, pues recaerá el impuesto sobre cualquier establecimiento que en el futuro ejerza la misma actividad en el Municipio, y las actividades de índole diferente también están gravadas de acuerdo a la ordenanza” Sin embargo, dicha sentencia, tuvo un voto salvado de la Magistrado Hildegard Rondón de Sanso, en el cual se señaló que la “única contribuyente inscrita bajo los códigos del clasificador modificado es la recurrente. La prueba de que la modificación fue destinada a la firma impugnante aparece en el acta de la inspección judicial practicada por el juez del Distrito Sucre de la circunscripción judicial del Estado Mérida de fecha 19 de enero de 1994. Esta prueba pone en evidencia que, para el momento de la discusión y sanción de la norma impugnada, la única empresa que se encontraba en el supuesto establecido en la norma que fuera modificada era D.O.S.A, S.A. DOSA. Ahora bien, la circunstancia comentada y objeto de impugnación debía ser detenidamente analizada por la Corte, *por cuanto casos como el presente que pueden considerarse como de “laboratorio”, en la materia del control de la*

jetos pasivos señalados en la ley, al momento de realizar cualquier acto de consumo tendrán la obligación de soportar el impuesto al valor agregado que corresponda. En efecto cualquier persona natural o jurídica, señalada o no como sujeto pasivo en la Ley de Impuesto al Valor Agregado, al momento de realizar cualquier actividad configurada como hecho imponible en la ley, se verá obligada a soportar el impuesto trasladado, es decir, que todos los ciudadanos en el momento de efectuar algún consumo o percibir la prestación de algún servicio, sufrirán el impacto de este impuesto dentro del obvio fenómeno de la traslación, antes explicado En consecuencia, todas las personas que realicen alguno de los actos o situaciones tipificados como hechos imponibles en la ley, estarán sujetos al pago del impuesto de tipo valor agregado, actuando el fenómeno de la traslación como garante de que la carga aplicada a los bienes y servicios de consumo final sea proporcional a su precio definitivo.

constitucionalidad de las normas tributarias, exigen una respuesta que sirva de guía a los organismos municipales y a los propios contribuyentes en el sentido de si es valedero legislar para aumentar las cargas de un contribuyente específico, o si esta conducta resulta contraria al principio de generalidad impositiva³⁵.

VII. DEBER DE PRESTAR SERVICIOS CIVIL O MILITAR ART. 134 DE LA CRBV

Una fracción del deber de los particulares de servir a la patria se encuentra en el deber de prestar los servicios civil o militar necesarios para la defensa, preservación y desarrollo del país, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública, contemplado en el artículo 134 constitucional. Así se establece el deber constitucional o derecho-deber de prestación del servicio civil que es una forma tan legítima e idónea como el servicio militar para honrar y defender a la patria.

Obviamente, conocemos el énfasis e hincapié que se le ha dado al sector militar en todos estos últimos 20 años, nutrido además por ese idilio o esperanza en el gendarme necesario o por el imaginario latinoamericano con la esperanza que un militar resolverá todas sus angustias o ansiedades. Pero, por el contrario la Constitución de 1999, distinto a lo que ha sucedido durante estos 20 años y su adoración por lo militar –inspirado obviamente por el impulso y discurso desde el gobierno y por el sector oficial,– establece en todo su articulado y contexto una protección por los derechos fundamentales y una inclinación por la prestación de servicios civiles que para el futuro deben inspirar y ser el canal para la participación en el desarrollo y progreso de la nación venezolana, no dependiente de la voluntad del Estado, sino basado justamente en los principios de responsabilidad social y de participación en la vida política, civil y comunitaria del país (art.132 CRBV), obligaciones ciudadanas de solidaridad social (art. 135), prestación de servicios civiles (art.135), prestación de servicios públicos por comunidades organizadas en Estados y Municipios (art.184 CRBV) y el principio de coindicativa y participación privada para promover el desarrollo armónico de la economía nacional (art. 299CRBV)³⁶.

En primer lugar, el artículo 134 de la CRBV señala como sujeto del deber a: “*toda persona*”, de lo que se sigue el carácter universal del deber constitucional de prestación de servicios personales a favor del Estado o de la Nación.

³⁵ Alfonso Paradisi, Juan Domingo. “El Poder Tributario y los Derechos y Garantías Constitucionales como Límites a su Ejercicio”. Ediciones Torres Plaz y Araujo, Caracas 2004, p. 62

³⁶ Véase en este sentido Meier Eduardo. “El Servicio militar en la Constitución Venezolana: Ni militar, ni obligado.” en *Revista de Derecho Público* N° 124, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010, p. 33 y ss. Quién sostiene “En efecto, la Constitución pone el acento en que los *deberes constitucionales* se cumplan más allá de la razón de Estado, del voluntarismo estatal, sino centrados más bien en la responsabilidades sociales y la participación solidaria en la vida política, civil y comunitaria del país, siempre promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social. Con lo cual se hace evidente la *prestación preferente de los servicios civiles, especialmente si lo que se pretende es el desarrollo*, más que la defensa y preservación del país, tarea esta última encargada constitucionalmente a la Fuerza Armada Nacional, -...una institución esencialmente profesional, sin militancia política-, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional...” (Art. 328 de la Constitución)”.

Por otra parte, su sometimiento a la ley o la necesidad de desarrollo legal, de manera que no puede establecerse prestación personal alguna que no esté sometida al principio de legalidad, esto es, a la ley³⁷

Así, conforme a lo previsto en el artículo constitucional en comentario, el deber de prestar los servicios civil o militar es alternativo y no excluyente, y no se prevé los servicios civiles en defecto del militar. Se destaca que se prevé aunado al deber constitucional un derecho subjetivo de elegir entre prestar el servicio civil o el servicio militar. Y estos servicios sólo deben verificarse para los supuestos previstos en la Constitución: defensa, preservación y desarrollo del país o para hacer frente a situaciones de calamidad pública.

A pesar de la concepción militarista señalada de los últimos 20 años, se destaca que el artículo 134 de la Constitución vigente de 1999 no estableció el servicio militar obligatorio como si lo hizo la Constitución derogada de 1961.

En efecto, el artículo 53 de la derogada Constitución preveía *“El servicio militar es obligatorio y se prestará sin distinción de clase o condición social, en los términos y oportunidades que fije la ley”*. En contraste la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela suprimió el servicio militar obligatorio y estableció en la última parte del artículo 134 *“Nadie podrá ser sometido a reclutamiento forzoso”*. Pudiéndose así constitucionalmente ejercer su objeción de conciencia conforme al artículo 61 de la Constitución de 1999 o prefiriendo con fundamento en dicho artículo –en base a sus consideraciones– la prestación de servicios civiles.

Cabe destacar, sin embargo, que no ha sido desarrollado mediante ley la prestación de servicios civiles, en cambio sí ha sido objeto de desarrollo y previsión legal la prestación del servicio militar contenido en la Ley de Registro y Alistamiento para la Defensa Integral de la Nación publicada en la Gaceta Oficial N° 40.440 del 25 de junio de 2014, en la cual se define el servicio militar en su artículo 75 como aquél :*“que cumplen los venezolanos y venezolanas, por nacimiento o naturalización en situación de actividad, en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, sometiéndose a la instrucción y adiestramiento militar de acuerdo con las normas establecidas en las leyes y reglamentos, con la finalidad de garantizar la independencia y soberanía de la Nación, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional”*.

Así mismo, La Ley de Registro y Alistamiento para la Defensa Integral de la Nación prevé en su artículo 76 el deber de prestar el servicio militar:

“Los venezolanos y venezolanas por nacimiento o naturalización en situación etaria tienen el deber de prestar el servicio militar en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y están sujetos a la instrucción militar de acuerdo con las normas establecidas en las leyes y reglamentos que rigen la materia.

Los venezolanos y venezolanas, por nacimiento o naturalización que no presten el servicio militar, deben cumplir con el servicio civil correspondiente”.

³⁷ *Ídem*. p. 36.

De allí pues, de acuerdo con los artículos 75 y 76 de esta ley, se establece el deber de prestación del servicio militar para los venezolanos y venezolanas. Por tanto, no hay lugar a la discriminación por razón del sexo que ha tenido lugar en otros países y, así mismo, se establece dicho deber para las venezolanas y venezolanos en edad militar y no se extiende a los extranjeros.

Ahora bien, este artículo vulnera el citado artículo 134 de la CRBV ya que el servicio militar debe ser alternativo a los servicios civiles, conforme a lo previsto en la Constitución vigente y en esta ley se presenta la prestación de servicios civiles en caso de no prestarse el servicio militar. Así, cualquier ciudadano pudiese oponerse al registro militar o prestación del servicio militar hasta que dicha ley sea modificada e incluya la posibilidad alternativa de la prestación de servicios civiles o hasta que se dicte una ley que regule la prestación de los referidos servicios civiles³⁸.

Así, cualquier persona puede sostener basado en el artículo 134 que estima más apropiado o productivo la prestación de servicios civiles (derecho subjetivo constitucional capacidad de exigir del Poder Público o administración una conducta activa o pasiva) o bien ampararse en el derecho previsto en el artículo 61 y ejercer su derecho de objeción de conciencia y negarse al uso de las armas o a toda prestación de servicio militar, en virtud, de sus firmes convicciones arraigadas religiosas, morales, éticas y en ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y por consiguiente, negarse al registro o inscripción militar, hasta tanto no exista un registro civil de prestaciones personales³⁹.

Cabe destacar, que la Ley de Registro y Alistamiento para la Defensa Integral de la Nación establece una serie de deberes, por cierto no precisándolos desde el punto de vista jurídico como obligaciones: el deber de registro (art. 35)⁴⁰, el deber de actualizar los datos (art. 38), si prevé en el artículo 105, una sanción al incumplimiento de prestar el servicio militar, del tenor siguiente: “Quien al momento de inscribirse en el Registro para la Defensa Integral seleccione el servicio militar y una vez cumplido treinta y un años de edad, no lo haya prestado sin causa justificada, será sancionado con multa entre

³⁸ Véase lo expuesto por Meier en cuanto a las razones sobre la inconstitucionalidad de la derogada ley de Conscripción y Alistamiento Militar de 21 de octubre del año 2009 publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.933, Extraordinario, *Op. Cit.* p. 44.

³⁹ Consúltase Peces-Barba Martínez, Gregorio: “Desobediencia civil y objeción de conciencia”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1988-89, p. 176. La objeción de conciencia existe cuando el comportamiento exigido es contrario a convicciones, creencias o ideas tan arraigadas e internalizadas que el sujeto las concibe como parte de su propia identidad y, en consecuencia, la realización de la actividad es vista como una traición a las propias convicciones. Por lo tanto, se trata de “un derecho reaccional que surge sólo en los supuestos de obligaciones jurídicas contrapuestas, respecto de las cuales existen razones éticas o religiosas para reclamar un privilegio de desobediencia”.

⁴⁰ En cuanto al deber de registro se prevé en el artículo 39. “La persona natural en situación etaria debe inscribirse en el Registro para la Defensa Integral, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en la cual cumpla dieciocho años de edad”. Así mismo, se prevé en el artículo 45 de la Ley de Registro y Alistamiento Militar que a los efectos de obtener la licencia de conducir “La persona natural mayor de dieciocho años de edad, debe presentar ante las autoridades encargadas el certificado de inscripción en el Registro para la Defensa Integral” e igualmente en el artículo 47 que las autoridades de las universidades y los institutos de educación universitaria deben exigir para la obtención del título académico, el certificado de inscripción en el Registro para la Defensa Integral.

cincuenta Unidades Tributarias (50 U.T.) y cien Unidades Tributarias (100 U.T.): quedando obligado a cumplir con el servicio civil”. Cabe resaltar que esta sanción es impuesta a quien voluntariamente haya escogido prestar servicio militar, pues no hay reclutamiento forzoso en virtud de lo previsto en el artículo 5 de la ley en comentario⁴¹. Lo que es obligatorio es registrarse.

En segundo lugar, aquí hay un inmenso campo a ser desarrollado por la legislación. Nos referimos a los servicios o prestaciones civiles, por ejemplo: en educación, salud, conservación de medio ambiente, seguridad agroalimentaria, cultura, y su concreción podría darse a través de mecanismos de descentralización basados en los artículos 157 o 184 de la Constitución, y en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y transferencia de Competencias del Poder Público o llevados a cabo incluso a través de universidades, ONG’s, asociaciones de vecinos, fundaciones, entre otras⁴².

En tercer lugar, se prevé que los servicios civiles o militares toda persona debe prestarlos, de conformidad con la ley, en los supuestos de necesidad para la defensa, preservación y desarrollo del país o para hacer frente a situaciones de calamidad pública.

Además de la previsión de la prestación de servicios civil o militar se establece que toda persona, de conformidad con la ley, tiene el deber de hacer frente a situaciones de calamidad pública. A qui no hay distinción entre venezolanos ni extranjeros dada la naturaleza en la cual pueden ser exigidos. De igual manera en la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción⁴³ en la normativa concerniente a la modalidad del Estado de Alarma relativo a catástrofes, calamidades u otros acontecimientos similares que pongan en peligro la seguridad de la nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (art. 3 de la ley Orgánica sobre Estados de Excepción), no se establece distinción entre venezolanos y extranjeros y por ejemplo en el artículo 17 se prevé como disposición común para todas las modalidades de Estado de Excepción que “toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, está obligada a cooperar con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes y lugares, pudiéndole imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza con la correspondiente indemnización”. Así las cosas, no hay distinción a los efectos de la prestación de estos servicios entre venezolanos y extranjeros en casos de calamidad pública.

VIII. DEBER DE PRESTAR SERVICIO ELECTORAL ART. 134 DE LA CRBV

De conformidad con el artículo 134 de la CRBV toda persona tiene el deber de prestar servicios en las funciones electorales que les asignen de conformidad con la ley. Así se establece este otro deber frente al Estado de prestar servicios en las funciones electorales, que no constituye la mera consecuencia del derecho, sino que permite su ejercicio y que pesa por igual para todos los ciudadanos. En efecto, la Ley Orgánica del

⁴¹ “Ningún venezolano o venezolana, por nacimiento o naturalización, será sometido o sometida a reclutamiento forzoso. El funcionario o funcionaria que lo ordene o lo ejecute será sancionado o sancionada conforme con lo establecido en la presente Ley”.

⁴² *Ídem* p. 36.

⁴³ Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.261 de 15 de agosto de 2001.

Poder Electoral⁴⁴ artículo 50 prevé que el Servicio Electoral es un deber constitucional, por el cual las electoras y los electores prestan servicio en funciones electorales durante el período de un (1) año contado a partir del momento en que son seleccionadas o seleccionados. Dentro de las funciones electorales se prevén por el artículo 51:

Participar, a través de los Organismos Electorales Subalternos, en los procesos electorales para cargos de representación popular y de referendo.

Participar en los programas de educación electoral de acuerdo con lo estipulado por la Comisión de Participación Política y Financiamiento.

Asistir a los programas de instrucción y adiestramiento.

Participar en cualquier otra actividad que defina el Consejo Nacional Electoral.

Las instituciones públicas y las privadas están obligadas a conceder permiso remunerado a las personas que laboren en ellas y hayan sido seleccionadas para prestar Servicio Electoral.

Ley Orgánica de Procesos Electorales⁴⁵ desarrolla también el deber constitucional del servicio electoral al disponer en su artículo 111: “El Consejo Nacional Electoral, mediante el mecanismo que éste disponga, seleccionará a ciudadanos inscritos y ciudadanas inscritas en el Registro Electoral para el cumplimiento del servicio electoral como miembros de mesa. Este servicio es de carácter obligatorio en los términos de la presente Ley. Para realizar este servicio será necesario sólo que el ciudadano seleccionado o la ciudadana seleccionada, sepa leer y escribir”. En este sentido la doctrina de derecho comparado establece que estas obligaciones previstas en la legislación posibilitan el ejercicio de derechos constitucionales como por ejemplo el derecho al voto como “Sería el caso de la obligación jurídica de ejercer la función de presidente o vocal de una mesa electoral (art. 27.1 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General)”⁴⁶

Aunado a lo anterior la ley Orgánica de Procesos Electorales establece en el artículo 200: “La violación de principios y derechos, infracción o incumplimiento de los deberes, y en general, de las disposiciones de la presente Ley, podrán constituir ilícitos electorales y darán lugar a la aplicación de las sanciones administrativas reguladas en el presente Título, sin perjuicio de la responsabilidad penal derivada de la comisión de los hechos tipificados como delitos y faltas. Corresponderá al Consejo Nacional Electoral, como máxima autoridad, la imposición de las sanciones administrativas”.

El artículo 230 establece como Medidas sancionatorias: Serán sancionados o sancionadas con multas del equivalente de quince Unidades Tributarias (15 U.T) a cincuenta Unidades Tributarias (50 U.T) o arresto proporcional, a razón de un día de arresto por Unidad Tributaria, que será determinado por la autoridad competente:

⁴⁴ Ley Orgánica del Poder Electoral publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

⁴⁵ Ley Orgánica de Procesos Electorales publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5928 extraordinario de fecha 12 e agosto de 2009.

⁴⁶ Alegre Martínez, Miguel Ángel: “Los deberes en la Constitución Española: Esencialidad y problemática”. *Teoría y Realidad Constitucional* N° 23, UNED 2009, pp. 271-291.

1.- Quienes se nieguen a desempeñar el cargo para el cual han sido designados o designadas, salvo las excepciones del Servicio Electoral Obligatorio previstas en la ley”.

IX. OBLIGACIONES DE SOLIDARIDAD Y RESPONSABILIDAD SOCIAL ART. 135 DE LA CRBV

El artículo 135 de la Constitución vigente establece que las obligaciones que corresponden al Estado, conforme a la Constitución y a la Ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, corresponden a los particulares según su capacidad. La ley debe proveer lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario

Así el Estado, no es el único que tiene obligaciones en aras del cumplimiento del bienestar social general (verbi gracia: en educación, salud, alimentación, entre otros), sino que, en virtud de la solidaridad social, conciernen también a los particulares según su capacidad⁴⁷.

En este sentido en el sector de alimentos, por ejemplo, se ha señalado que *“el compromiso asumido por el Estado en el artículo 305 de la Constitución, de garantizar la seguridad alimentaria, no excluye en modo alguno la obligación de conformidad con lo establecido en el artículo 135 de la Constitución y “...en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, corresponde a los o las particulares según su capacidad...”*, siendo en tal virtud que se habilita al propio Estado para que, *mediante ley, provea lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos que fuere necesario...* “ dentro de lo cual se enmarca precisamente la *habilitación contenida en el propio artículo 305 de la Constitución, para que el Estado pueda dictar” ...las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento...* así como promover *“las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola...”*⁴⁸ .

⁴⁷ Véase Ayala Corao, Carlos Manuel: *Comentarios Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana - Konrad Adenauer-CIEDLA. Caracas 1996. p. 120 quien sostiene sobre este deber Constitucional de Solidaridad Social: “Ahora bien, el Estado no es el único que tiene deberes y obligaciones frente a los particulares, Una concepción humanista del Estado y la sociedad, nos permite plantear que en base a la *solidaridad social* y según la justicia distributiva, los particulares también deben cumplir determinadas obligaciones con la sociedad. Esta concepción de raigambre ideológica social demócrata es en el fondo profundamente cristiana”.

⁴⁸ Grau, Gustavo A. “La participación del sector privado en la producción de alimentos, como elemento esencial para poder alcanzar la seguridad alimentaria (Aproximación al tratamiento de la cuestión, tanto en la Constitución de 1999 como en la novísima Ley Orgánica de soberanía y seguridad alimentaria), en *Revista de Derecho Público* N° 115, Editorial Jurídica Venezolana, Julio-septiembre 2008, p. 417 y ss.

X. EL DEBER DE RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD SOCIAL DE LOS CIUDADANOS COMO MECANISMO PARA SUPERAR EL ESQUEMA PATERNALISTA DEL ESTADO

El deber constitucional de responsabilidad y solidaridad social no ha sido desarrollado apropiadamente. Por una parte, se coloca mucho énfasis en el rol y actividad del Estado minimizando la labor de los particulares, como, por ejemplo, en materias como salud, educación, seguridad alimentaria, y, por otra parte, tampoco se han desarrollado, legalmente, los canales para cumplir este deber en cabeza de los ciudadanos y empresas conforme a sus habilidades y capacidades derrotando así el esquema estatista y paternalista según el cual todo se hace depender del Estado. “En esta forma, servicios públicos esencialmente concurrentes entre el Estado y los particulares, como los de educación, salud y seguridad social, aparecen regulados con un marcado acento estatista y excluyente.⁴⁹”

En contraste, desarrollando este deber constitucional de responsabilidad y solidaridad social, mediante la ley, los ciudadanos podrán libremente aplicar y desarrollar sus capacidades en materias tales como salud, educación, seguridad alimentaria, seguridad social contribuyendo así a la solución de los graves problemas sociales del país y al desarrollo del país de conformidad con los artículos 135, 112, 299 y 305 de la vigente Constitución.

XI. EJERCICIO DE PROFESIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIO A LA COMUNIDAD ART 135 DE LA CRBV

Quienes aspiren al ejercicio de cualquier profesión, tienen el deber de prestar servicio a las comunidades durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la ley. Así un ejemplo en la legislación venezolana en desarrollo del artículo 135 constitucional es la ley de ejercicio de la medicina⁵⁰, la cual establece en su artículo 8 la obligación para los médicos de realizar pasantías, los denominados “rurales”. Así el artículo 8 de la ley del Ejercicio de Medicina prevé:

“Para ejercer la profesión de médico en forma privada o en cargos públicos de índole asistencial, médico-administrativa, médico-docente, técnico-sanitaria o de investigación, en poblaciones mayores de cinco mil (5.000) habitantes es requisito indispensable haber desempeñado por lo menos, durante un (1) año, el cargo de médico rural o haber efectuado internado rotatorio de postgrado durante dos (2) años, que incluya pasantía no menor de seis (6) meses en el medio rural, de preferencia al final del internado”.

Así mismo, se establece en la ley de Servicio Comunitario del Estudiante de Educación Superior publicada en la Gaceta Oficial N° 38.272 del 14-09-2005, la prestación del servicio comunitario del estudiante de educación superior, que a nivel de pregrado aspire al ejercicio de cualquier profesión. Se entiende por servicio comunitario la actividad que deben desarrollar en las comunidades los estudiantes de educación superior que cursen estudios de formación profesional, aplicando los conocimientos científicos,

⁴⁹ Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999, Comentada, Op. Cit.*, p. 201.

⁵⁰ Ley de Ejercicio de la Medicina publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.823 del 19 de diciembre de 2011.

técnicos, culturales, deportivos y humanísticos adquiridos durante su formación académica, en beneficio de la comunidad, para cooperar con su participación al cumplimiento de los fines del bienestar social, de acuerdo con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en esta Ley (art. 4). El servicio comunitario tendrá una duración mínima de ciento veinte horas académicas, las cuales se deben cumplir en un lapso no menor de tres meses. Las Instituciones de educación superior adaptarán la duración del servicio comunitario a su régimen académico.

XII. LA EDUCACIÓN COMO DEBER SOCIAL FUNDAMENTAL

Por otro lado, nuestra Constitución establece la dualidad de la educación como un derecho, y también como un deber social fundamental, por ello es obligatoria en todos sus niveles desde el maternal hasta el nivel medio diversificado (art. 102 y 103 de la CRBV). Así mismo, se declara a la educación como “democrática, gratuita y obligatoria” y se la define igualmente como un “servicio público” y el Estado la asumirá como función indeclinable⁵¹ y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades. La tendencia estatista es marcada e incluso no se prevé en el artículo 102 nada sobre la educación privada⁵² sino es en el artículo 106 que se prevé: El Derecho de toda persona natural o jurídica a fundar y mantener instituciones privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste. En este sentido se ha señalado que: “la posibilidad de la estatización de la Educación no tiene límites en la Constitución habiéndose eliminado la disposición del estímulo y protección a la educación privada”⁵³ cosa que hasta la fecha no ha ocurrido, pero sí ha existido una gran supervisión y vigilancia sobre la educación privada y una gran afectación e incidencia en los programas y también en textos de estudios de educación preescolar y escolar”.

Vale la pena resaltar que la educación como un deber es una innovación en la Constitución de 1999. Así, la Constitución de 1961 establecía en su artículo 80 “Todos tiene derecho a la educación. El Estado creará y sostendrá escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a la cultura, sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y de las aptitudes.”

⁵¹ En el año 1945 Luis Beltrán Prieto Figueroa presentó una tesis. según la cual sostuvo ante la Convención Nacional de la Magistratura reunida en la Ciudad de Valencia en 1943 que “es inconcebible que el Estado deje abandonada al capricho de las actividades particulares la orientación y formación de conciencia de los Ciudadanos” Ahora bien, esta corriente de pensamiento fue recogida en la Constitución de 1947 en el art 53 cuando al establecer el Derecho a la educación se estableció que “La educación es función esencial del Estado”. Así mismo, en la Constitución de 1961 se previó en su artículo 79 que “Toda persona natural o jurídica podrá dedicarse libremente a las ciencias o a las artes, y, previa demostración de su capacidad, fundar cátedras y establecimientos educativos bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado”. Para llegar a la Constitución de 1999 que se prevé a la educación como un Derecho y como un Deber Social Fundamental, previéndolo como una función indeclinable de Estado y como servicio público, con lo cual queda evidente el carácter estatista que ha tenido la Educación en Venezuela, siendo necesario dejar más y mejores espacios para la educación privada con el pleno respeto de los derechos fundamentales y los principios internacionales.

⁵² En efecto en la Constitución derogada de 1961 en su artículo 79 luego de establecer el Derecho a la educación en la misma norma constitucional se establecía: “El Estado estimulará y protegerá la educación privada que se imparta de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en las leyes”.

⁵³ Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999, Comentada, Op. Cit.*, p. 202.

En definitiva, el derecho a la educación en la CRBV, es concebido como un derecho humano y un deber social, de carácter humanístico, fundamentado en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, que busca desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social consustanciados con los valores de identidad nacional. Así mismo, el Estado asumirá la Educación como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad (art. 103 de la CRBV). De allí pues, la educación se efectúa al servicio de la sociedad por ello se establece como un derecho humano, pero también como un deber social. La educación se prevé como un servicio público (art. 102 de la CRBV), pero está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, debe salvaguardar el derecho a la libertad, a la libertad de pensamiento y desarrollo de personalidad, de tal manera que cada persona, o sus padres o tutores, puede elegir el centro docente o lugar de estudio, ya sea público o privado, sin poder ser forzado ni obligado al cumplimiento del deber de educación en un centro público determinado por el Estado so pena de violación del derecho a la libertad y al libre desenvolvimiento de su personalidad.

XIII. EL TRABAJO COMO UN DERECHO-DEBER⁵⁴

En relación al trabajo, este fue consagrado por primera vez en la Constitución de 1947 la cual establecía en el Capítulo VI (Del Trabajo) del Título III, (De los deberes y derechos individuales y sociales), que el trabajo es un deber y un derecho y que el Estado debe velar porque toda persona apta pueda obtener los medios de subsistencia por el trabajo e impedirá que por causa de éste se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la dignidad o la libertad de las personas. Continuando con la Constitución de 1961, esta viene a reiterar lo anteriormente planteado, estableciendo el trabajo como un deber de toda persona apta para prestarlo (art. 54) y al mismo tiempo, como un derecho, en el cual el Estado procurará que toda persona apta pueda obtener colocación que le proporcione una subsistencia digna y decorosa (art. 84).

La Constitución vigente de 1999 no es innovadora en el aspecto de contemplar el trabajo como un derecho-deber, pero sí es innovadora al establecer una serie de principios que lo regulan. Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 790/02 establece:

La intención manifiesta en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) es la de consagrar una serie de principios y derechos (Artículos 87 al 97), que procuran resguardar un ámbito de seguridad para los trabajadores, indistintamente del régimen al cual estén sometidos, por cuanto no establece distinción alguna; incluso, en el caso del derecho a la negociación colectiva o del derecho a la huelga (Artículos 96 y 97), se niega expresamente la posibilidad de tratamientos diferenciales, al precisar, reforzando lo obvio, que todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado gozan de los mismos derechos”.

⁵⁴ Olivares García, S. *El derecho a la educación como un derecho humano fundamental a la luz de la Constitución de 1999*. Instituto de Filosofía del Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad del Zulia.

Esto a su vez se ve reafirmado en el artículo 26 de la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT) el cual establece el derecho y el deber de trabajar de acuerdo con las respectivas capacidades y aptitudes del trabajador, debidamente remunerada.

Es importante también resaltar la educación y el trabajo como los procesos fundamentales para alcanzar los fines del Estado, establecidos en el artículo 3, el cual se refiere a fines esenciales de defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Es interesante analizar en cuanto a la finalidad o razón del por qué se prevé el trabajo como un deber y la finalidad de su imposición a toda persona en la Constitución. En este sentido se prevé en el artículo 87 de la Constitución venezolana que el Estado garantizará la adopción de medidas para que toda persona pueda obtener una ocupación productiva que le proporcione una existencia digna y decorosa, y le garantice el ejercicio pleno del derecho. Por tanto, no es labor del Estado proporcionar puestos de trabajo a todos los ciudadanos, lo cual es imposible, a pesar de que muchos puestos de trabajo puedan provenir del Estado, de la administración pública y de sus empresas. En una economía de mercado, en tanto y en cuanto se procure y se establezca, la creación de puestos de trabajo no corresponde al Estado sino al mercado. La labor del Estado es adoptar las medidas necesarias a los fines de que las personas puedan obtener una ocupación productiva, pero no proporcionar el puesto de trabajo en sí mismo. De igual manera se prevé en el artículo 87 que el Estado debe fomentar el empleo, de tal manera que el Estado debe incentivar al trabajo y debe adoptar medidas y condiciones que incentiven el empleo que estimulen el trabajo, pero esto en realidad va más orientado al ejercicio del derecho y no tanto al deber.

En cuanto a la exigibilidad del deber de trabajar, como se ha señalado, con fundamento en lo previsto en el artículo 87 de la Constitución, de lo que se trata es que se adopten las medidas necesarias para que toda persona pueda tener una ocupación productiva y así como fomentar el empleo, no se trata de dar un puesto de trabajo a cada persona por el Estado, lo cual es imposible, sino crear las condiciones y bases, conforme al mercado, para que toda persona pueda obtener una ocupación productiva. Y así mismo, en un estado democrático, no se puede imponer ocupar el puesto de trabajo dada la previsión del derecho al trabajo, de escoger el oficio o profesión, el derecho al libre desarrollo de su personalidad (art. 20 CRBV) y el derecho de libertad económica (art. 112 CRBV).

De allí pues, se hace difícil categorizar el deber de trabajar, en estricto sentido, como un deber constitucional, dada la no sujeción frente al Estado y la complejidad en cuanto a la exigibilidad real del deber de trabajar. Así mismo, como se ha señalado las medidas que adopta y procura el Estado van más a garantizar el ejercicio pleno del derecho al trabajo que le proporcione una existencia digna y decorosa a la persona, que al cumplimiento de un deber, tal y como lo prevé el propio texto del artículo 87 de la Constitución

XIV. DEBER DE COLABORAR EN EL RESTABLECIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN, EN LOS CASOS QUE LA CONSTITUCIÓN DEJARE DE OBSERVARSE POR ACTO DE FUERZA O PORQUE FUERE DEROGADA POR CUALQUIER OTRO MEDIO DISTINTO AL PREVISTO EN ELLA. PREVISTO EN EL ART. 333 DE LA CRBV

El artículo 333 como positivización constitucional del derecho a la resistencia.

El derecho de resistencia constituye un derecho de la persona a rebelarse frente al Poder Público injusto o frente a actos y/o disposiciones no conformes al derecho. La positivización del derecho de resistencia ha sido entendida como la asunción por el Derecho Constitucional (democrático) de la función de garantía del derecho de resistencia (preconstitucional) cumplida⁵⁵.

La constitucionalización del derecho de resistencia (juridificación democrática) de la garantía de los derechos, opera *tanto frente al poder ejercido sin título legítimo* como frente al poder que siendo legítimo es arbitrariamente ejercido.

Estas formas de resistencia en el Estado Constitucional Democrático pueden agruparse en un binomio inescindible: forma de control del poder y/o garantía efectiva de los derechos fundamentales. De esta forma la doctrina señala que el control del poder pasa a ser un elemento inseparable del concepto mismo de Constitución (constitución normativa), el elemento que pone en conexión inescindible el doble carácter instrumental-garantista y legitimador de la Constitución. De esta forma “cuando no hay control, no ocurre solo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su realización; ocurre simplemente, que no hay Constitución” y por tanto, tampoco positivización (constitucionalización) de la garantía contra la ilegitimidad y/o abusos del Poder Público (derecho de resistencia)⁵⁶.

Así en “aquellos sistemas donde se ha constitucionalizado el derecho de resistencia, esto es en los Estados Constitucional Democráticos, la resistencia intra ordinamental no se agota en la “resistencia” legal (legalizada o formalmente constitucionalizada). Aquella abarca también todo acto de desobediencia (infracción jurídica) que sea pro o endoconstitucional, “legalitario”, a todos aquellos actos o conducta que, a pesar de configurarse como acciones de no obediencia u oposición no legal a determinadas normas o actuaciones de Poder Público consideradas injustas, no implican una actitud de rechazo constitucional democrático vigente sino que, más bien, se caracterizan por ser conductas de respeto cuando no, incluso, de compromiso hacia el mismo, conductas en reivindicación de los valores y principios de orden constitucional democrático y de los derechos fundamentales.

En definitiva, abarca también a todo acto de resistencia que, pese a ser desobediente, se configura como un acto o conducta de respeto o de no rechazo respecto de la Constitución Democrática o de los principios de justicia que le informan y se reconocen en ella” (subrayado nuestro).

⁵⁵ Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio: “El Derecho de Resistencia y su constitucionalización” en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época) N° 103 enero-marzo 1999.

⁵⁶ Aragón Reyes, M. *Constitución y derechos fundamentales*, Quaderns de Treball, 2, 1994 p. 8.

De acuerdo con la doctrina existen diversas figuras de desobediencia o resistencia intra constitucional:

- a. Objeción de conciencia
- b. Desobediencia civil
- c. Derecho de resistencia individual
- d. Derecho de resistencia colectivo

Las tres primeras se citan por la doctrina especializada⁵⁷, como formas de resistencia contra el ejercicio arbitrario del poder legítimo en título, la cuarta se configura como una garantía reactiva contra el hipotético establecimiento de un “*poder ilegítimo en título*”. Como ejemplo paradigmático de constitución democrática se cita la ley Fundamental de Bonn cuyo artículo 20.4 establece:

“Cuando se hayan agotado todos los restantes medios, todos los alemanes tienen derecho a resistir frente a cualquier intento de desconocer el presente orden constitucional”.

El derecho de resistencia más que un derecho subjetivo es un “derecho-deber” de defensa de la Constitución, una defensa contra cualquier atentado contra sus principios axiológicos estructurales.

El derecho de resistencia se configura como una institución de garantía constitucional de carácter reactivo frente a las violaciones graves y manifiestas de los principios básicos del orden constitucional democrático. No se trata de un derecho contra el poder del Estado sino de un *derecho-competencia* para defender el orden constitucional y ello es precisamente lo que se prevé en el artículo 333 de la CRBV, el *derecho-deber*, la competencia de todo ciudadano de defender el orden constitucional y en ese sentido fue dictado el Estatuto de la Transición.

En efecto, el artículo 333 de la CRBV establece que:

“La Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella”.

Pero así mismo, establece dicho artículo en su único aparte la obligación de colaborar con el restablecimiento, así se prevé:

*“En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, **tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia**”.*
(resaltado y subrayado nuestro)

Así, en fecha 5 de febrero de 2019 la Asamblea Nacional dictó “*El Estatuto que rige La Transición a la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*” y lo dicta con fundamento precisamente en el artículo 333 de la CRBV, constituyendo así un ejemplo de concretización del deber de colaborar con el restablecimiento de la Constitución.

⁵⁷ *Ibidem.*

23. LA QUIMERA DEL PRINCIPIO DE EFICACIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Alí DANIELS *

Resumen: El principio de eficacia para un estado con obligaciones prestacionales no se limita al cumplimiento de metas sino a la racionalización de los recursos, pero nada ello es posible si la estructura del estado impide cualquier necesidad de competitividad que exija a la administración tanto el cumplimiento de metas como la eficiencia en los recursos para alcanzarlos. Ello es imposible sin un cambio en el modelo rentista del estado, pues impide la existencia de una administración que necesite ser eficiente y para ello se proponen diversos mecanismos que permitan iniciar la evolución de una administración displicente con el ciudadano, a otra que busque la aprobación del mismo.

Palabras claves: Principio de eficacia – principio de eficiencia – función administrativa – estado rentista – evaluación de desempeño – eficacia jurídica.

Abstract: The principle of effectiveness for a state with performance obligations is not limited to the fulfillment of goals but to the rationalization of resources, but nothing is possible if the structure of the state prevents any need for competitiveness that requires the administration both to fulfill goals as the efficiency in the resources to reach them. This is impossible without a change in the state rentier model, as it prevents the existence of an administration that needs to be efficient and for this, various mechanisms are proposed that allow the evolution of an administration that is complacent with the citizen, to another that seeks approval of the same.

Key words: Principle of effectiveness – principle of efficiency – administrative function – rentier state – performance evaluation – legal effectiveness.

I. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común que en el habla cotidiana se narre la suma de horrores que es la ineficacia de la Administración en Venezuela. No es que sea tarde y mal, es que no es. Pero lo cierto es que la realidad es muy diferente al tópico en la medida que el desmantelamiento de las estructuras públicas, tanto humanos como materiales, atenta contra cualquier idea de cumplir con los objetivos de la Administración, al punto que la ausencia de Estado ha generado una emergencia humanitaria compleja, es decir, un quiebre

* Abogado (UCAB), Especialista en derecho administrativo por la misma universidad. Ha sido profesor de derecho internacional humanitario (UCAB) y de derechos humanos (UNIMET). Director de la organización no gubernamental Acceso a la Justicia. Tiene 10 artículos publicados en revistas arbitradas en materia de derechos humanos, filosofía del derecho, derecho bancario, derecho militar y derecho administrativo.

institucional¹ que imposibilita el cumplimiento de los objetivos básicos de cualquier estado moderno. En ese sentido, el peligro más acuciante de la actual situación es que la Administración, a falta de cumplir con sus metas naturales, normalice su ausencia y convierta su propia existencia en el fin superior de sus actuaciones y no las necesidades sociales.

El peligro de una Administración que sólo es para sí y no medio de satisfacción de los derechos ciudadanos es, precisamente, el sacrificio de estos.

Ante la ausencia del estado, entonces, resulta imposible hablar de eficiencia, pero ello no impide analizar cómo la escasa, y a veces, nula apreciación del término en la Administración ha formado parte de los elementos que han conducido a esta tragedia que es la realidad de Venezuela. La necesidad de reconstruir un estado con apego a los principios básicos de una democracia no será posible si no está incluido como un elemento fundamental el principio de eficacia. De hecho, como veremos, para hacerlo posible se necesitan cambios estructurales, por lo que no bastaría ni la consagración normativa ni voluntad política de hacerla efectiva, hace falta un nuevo tipo de Administración. Por ello consideramos hacer algunas consideraciones sobre dicho concepto.

II. ETIMOLOGÍA: UN TÉRMINO VERSÁTIL

Lo primero que llama la atención cuando se trata de conocer el contenido del concepto de eficacia, es que su literalidad difiere de la idea que generalmente se utiliza del mismo, y que generalmente viene acompañada además de su diferencia con la palabra eficiencia. Así, cuando buscamos eficacia en el DRAE, se nos dice que es la “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”, y luego cuando hacemos lo propio con eficiencia, la misma fuente nos informa que es la “Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”, con la cual, salvo la alusión a los medios del segundo término, resulta que ambas ideas son bastante parecidas, sino idénticas.

Sin embargo la diferencia sí existe cuando se acude a la economía o a las ciencias de la Administración y cuyo uso bastante extendido, a saber, que la eficacia es “hacer lo correcto, alcanzar las metas” mientras que eficiencia sería “la relación entre los insumos y los productos. Busca reducir al mínimo el costo de los recursos”². En ese sentido entonces, para apreciar el contenido jurídico de estos conceptos no debe acudirse a su literalidad sino a la interpretación que de estas han realizado otras disciplinas.

Entonces, bajo esta última consideración es como tales conceptos se han traspasado al derecho administrativo, y así Parejo señala que la eficacia “alude a la efectiva conse-

¹ “Las emergencias humanitarias complejas o “emergencias complejas” son crisis mayores de origen político creadas por una multiplicidad de factores que tienen amplias repercusiones en la destrucción del Estado, la economía y el bienestar de una sociedad. Estas crisis generan masivas necesidades de índole humanitario y graves problemas de inseguridad humana, sin haber ocurrido desastres ni guerras”. *Vid.* Acceso a la Justicia et alia (2019). Manual sobre el derecho a la protección internacional en crisis mayores. Disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/manual-sobre-el-derecho-a-la-proteccion-internacional-en-crisis-mayores/>

² Robbins, Stephen y Decenzo, David. *Fundamentos de Administración. Conceptos esenciales y aplicaciones*. Pearson. México 2002, p. 5.

cución de objetivos prefijados”³ mientras que la eficiencia sería una “subespecie de la eficacia, que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el grado óptimo de la misma, siendo posible también diferenciar tipos de eficiencia según el criterio material que se emplee para la fijación de la relación óptima”⁴.

Respecto de esta última concepción debemos destacar la aparente diferencia entre economía de recursos y relación óptima, en la medida en que la eficiencia podría ser considerada en función de lo óptimo del resultado y no tanto en la economía de los recursos para lograrlo.

Esta diferenciación, sin embargo es aparente como señalamos, pues la economía de recursos no viene determinada sólo por el costo, y así, cuando se obtiene un resultado óptimo con un mayor número de recursos⁵ puede estar apuntándose a una política de medio y largo plazo más que al beneficio inmediato o a obtener una ventaja respecto de otros que tienen el mismo fin, por lo que la consideración de óptimo en tanto determinación de lo eficiente es aplicable al sector público y al privado. Por ello, más que una calificación del resultado, la eficiencia es la relación medios-objetivos, cuyo contenido concreto variará dependiendo de la situación particular en la que es aplicada.

III. CONTENIDO Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE EFICACIA Y SUS DERIVADOS A LOS EFECTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Como señala Parejo, la consagración y desarrollo del principio de eficacia viene apareja con el del Estado social de derecho, a partir del cual este asume la obligación de establecer mecanismos de implementación amplios y complejos para la satisfacción de los derechos sociales, y aunque hay ejemplos de tercerización en el sector privado, los mismos aparecen más tardíamente y no en la misma medida.

Esto lo explica muy claramente Parejo en los siguientes términos:

“No basta ahora ya al Estado la legitimación que le presta el origen democrático del poder, ni la derivada de la efectividad (en términos tradicionales) de su mando sobre los ciudadanos: le es preciso justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, necesita la legitimación que proviene de la eficacia en la resolución de los problemas sociales”.

En este punto, además, debemos recalcar que el modelo español al que referencia el autor citado, se implementa muchos después que la mayoría de sus pares europeos, como es sabido, y en ese sentido, el que en la Constitución (en la que el autor mencionado encuentra siete casos de alusión a la eficacia⁶) y en la jurisprudencia española se

³ Parejo, Luciano. *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. Documentación Administrativa*. Nos. 218-219, 1989, pp. 15-65. p. 19.

⁴ *Ídem*.

⁵ Aprovechando que al escribir estas líneas la humanidad pasa por una pandemia resulta pertinente, a los efectos de lo expuesto, el caso de las inversiones para lograr una vacuna, en donde el resultado óptimo es la obtención de la misma antes que otros, por lo que el uso de los recursos puede ser sustantivamente superior a lo que ocurriría en tiempos de normalidad. La eficiencia en tal situación es el uso adecuado de los recursos para facilitar el acortamiento de los lapsos para obtener el producto deseado.

⁶ Parejo, Luciano. *Op. cit.* 1989, p. 18.

haga hincapié en la eficacia de la implementación de los derechos sociales, no escapa a la necesidad de legitimar el nuevo estado de cosas a partir de 1978, año de entrada en vigencia de la Constitución.

En ese sentido, aunque estamos de acuerdo que el concepto de eficacia se estructura de una manera más definida, y sobre todo con un matiz más gerencial, a partir del siglo XX, resultaría negar la realidad que en las Administraciones liberales del siglo XIX no existiese la idea de eficacia en las estructuras estatales, por más limitadas que estas hubieran sido. Ya el solo hecho de que en ese siglo se hayan constituido las bases y principios del derecho administrativo es la mejor demostración del establecimiento de unas bases racionales para contar con una Administración cumplidora de las metas que debía cumplir.

Esta sincronización tardía con el resto de Europa se manifiesta de maneras un poco sorprendentes, al señalar el mencionado autor que le llama la atención que en contraste con los numerosos llamados de la Constitución española a la eficacia, su texto inspirador, esto es, la Ley Fundamental alemana al respecto guarde “silencio total”⁷, como si necesariamente una cosa dependiera de otra, y sin considerar que dependiendo del sentido de las diferentes culturas jurídicas la eficacia de las normas dependerá, en algunos casos de su simple aprobación por los canales institucionales, y en otras, de la voluntad políticas y de los mecanismos que se implementen para hacer efectiva esa normativa. No se trata de un tópico “norte-sur” sino de una realidad cultural que simplemente debe asumirse sin que ello implique una descalificación de entrada. Aceptar esa realidad es el primer camino al respeto del estado de derecho y no que sea el derecho el que imponga, por sí solo, ese respeto.

Por ello, consideramos importante señalar las tres posiciones que respecto a la eficacia como principio jurídico deben analizarse de acuerdo con Parejo. La primera sería la de Kelsen “para quien la validez de un ordenamiento jurídico está en directa función de la adecuación de las conductas por él ordenadas al orden que establece o, lo que es igual, de su eficacia”⁸, es decir hay ordenamiento jurídico sólo en el supuesto de que el mismo sea eficaz, lo cual en principio tiene perfecto sentido, sobre todo desde la perspectiva de un estado liberal, pero no desde la visión de un estado prestacional y con normas de planificación y de contenido programático, en donde la validez *ad integrum* viene dada más por el agotamiento de los pasos necesarios para lograr escalonadamente las metas que alcanzarlas en el corto plazo.

Luego Parejo cita a Jellinek de quien dice “coloca el hecho normativo en el lugar que le corresponde en la dogmática jurídico-pública” pues “el efecto de una norma (y, por tanto, su eficacia) no se confunde ni con el valor ni con el hecho; trasciende ambos y consiste más bien en una relación entre ellos, es decir, en el interés de la comunidad jurídica o valor en cuanto referido a la realización material del hecho”⁹ y en consecuencia la eficacia esa vinculación entre la norma y su efecto considerado como un todo, a lo que agrega lo dicho por Falzea respecto a que “el efecto jurídico contiene *in nuce* una

⁷ *Ídem.*

⁸ Parejo, Luciano. *Op. cit.* 1989, p. 27.

⁹ *Ídem.*

valoración de necesidad, pues en función de él, las situaciones son necesarias o no¹⁰, es decir que a esa relación señalada por Jellinek precede un elemento axiológico, una valoración que aclara, no es fáctica, sino estrictamente jurídica, aunque la misma se inicie, obviamente de la valoración de las necesidades materiales, pero luego se convierten en una consideración axiológica, y a partir de allí se materializan en una norma con vocación de ser cumplida.

En el caso venezolano, agregamos lo que dice Bidart sobre la fuerza normativa de la Constitución:

“...Pero con ser muy cierta tal necesidad, no por eso se ha de despreciar como inútil una sistematización iusfilosófica del fundamento de los derechos. De modo equivalente, no es estéril indagar si la frustración de la fuerza normativa de la constitución deriva de su inexistencia o más bien, está siempre presente en la constitución pero no se vuelve efectiva si no cuenta con la añadidura de los reaseguros que le confieren tanto los medios, las vías y los controles de exigibilidad, cuanto al pleno control de la constitucionalidad”¹¹.

Por ello, resumiendo lo expuesto por los autores anteriores, la relación entre la norma eficacia viene definida, en tanto su creación por la axiología que define y categoriza las necesidades como bienes jurídicos protegidos y en su ejecución por los medios que desde esa misma axiología deben definirse para su implementación y que van desde el simple enunciado de la norma a la estructuración de mecanismos que así lo permitan. La eficacia de la norma no es entonces parte del voluntarismo de quien la propone, sino una técnica legislativa que tiene que ser asumida. Ese es el reto.

De lo expuesto tenemos entonces que la eficacia normativa resulta tan importante como la propia eficacia material de la Administración.

Por otro lado, el contenido del principio de eficacia, de acuerdo con Parejo, en la normativa española tiene las siguientes implicaciones: 1) La organización de la administración, a través de la normativa que regula la función pública; 2) el régimen de las potestades dadas a la Administración en tanto poder público; y 3) la extensión de estos dos primeros principios a todas a las administraciones involucradas, locales, comunidades autónomas y la nacional, con los deberes de interrelación que ello debe comportar según el caso¹².

Esto supone que para la Administración venezolana, en la instauración, que esperamos sea pronta de un estado de derecho, lo siguiente:

Respecto de la función pública:

- El establecimiento de una Administración fuera del *spoils system* existente según el cual los cargos de la misma son para cubrir y equilibrar relaciones de poder. Ello implica, un acuerdo político que permita el desarrollo real de una carrera funcional ajena a los vaivenes de los cambios en los factores de poder y que permita que el accionar técnico de la administración pueda ejercerse según sus parámetros y no por consideraciones políticas. Resulta necesario un funcionariado con estabilidad, seguridad y con

¹⁰ Parejo, Luciano. *Op. cit.* 1989, p. 28.

¹¹ Bidart, Germán. *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Ediar. Buenos Aires 1995, p. 53.

¹² Parejo, Luciano. *Op. cit.* 1989, p. 25.

contraprestaciones competitivas con el sector privado, y el primer paso para ello es tener a los que necesitan y no a los que se pueden contratar, tanto en número como en calidad.

- Aplicar los principios anteriores a todos los ámbitos de la Administración sea la nacional, la descentralizada funcionalmente como la descentralizada territorialmente.

- Eliminar cualquier figura jurídica que permita evadir la estabilidad en los cargos en los funcionarios, incluyendo la tristemente célebre reestructuración de los órganos y entes de la Administración que al final se convierten en verdadera purgas por el control algún sector de la Administración.

- Una vez lograda la estabilidad de los funcionarios deben establecerse mecanismos de mejoramiento y capacitación constante.

- La evaluación de desempeño no sólo debe ser del funcionario sino también de la institución, y en ese sentido debe darse voz, en el último caso a la sociedad civil y a las comunidades organizadas de cuya relación se generen compromisos efectivos y con seguimiento para evaluar el desempeño de la administración. La elaboración conjunta de presupuestos con las comunidades puede ser una práctica que facilite estos mecanismos siempre que existan parámetros objetivos de evaluación y no una simple distribución de recursos a las comunidades que puedan resultar más problemáticas a los funcionarios.

Respecto a las potestades de la administración:

- Aunque depende de elementos estructurales de la economía y del Estado el modelo de la Administración tiene que partir de criterios gerenciales, que la acerquen a los mecanismos de la empresa privada para hacerla más eficiente, pero ello requiere una administración que *necesite* ser eficiente, y para ello, en un primer momento, tanto el control de gestión con objetivos claros y objetivos y el hacer costumbre el dar y rendir cuentas no sólo a los órganos de control sino a las sociedad civil y a las comunidades puede ser el primer paso en ese sentido. Esto es esencial, si la Administración no necesita ser eficiente, simplemente no tiene razón de ser, pero debe ser reconducida por una serie de mecanismos complementarios que así lo permitan, y su condición eficiente en ese sentido es la derogación del estado rentista, como veremos *infra*.

- Establecer, y esto si es novedoso en nuestro ordenamiento, prohibiciones expresas de ejercicio de potestad a la Administración que le permitan ver sus límites, y a los ciudadanos vías de reclamos ante un incumplimiento al haber invasiones sobre esos mandatos negativos. Más claramente: nuestra administración conoce lo que puede hacer, pero desconoce groseramente lo que no puede hacer.

- Establecimiento de mecanismos de planificación para la determinación axiológica de las necesidades y de este modo establecer las prioridades normativas y con ello la ejecución de la Administración. En ese sentido, la vinculación con las universidades, la academia y los gremios profesionales puede facilitar la tecnificación de los mecanismos de planificación para que dejen de ser simples enunciados de verbos en infinitivo.

- Establecer mecanismos sencillos de rendición de cuenta periódicos, hacer transparentes y públicas todas las contrataciones y permitir a las comunidades y a la sociedad civil el tener acceso a toda la información referida a ello.

- Establecer mecanismos de cooperación internacional, sea con otros estados o con organismos multilaterales que permitan aplicar las mejores prácticas a los esquemas de trabajo de la Administración.

- Configurar las potestades de la Administración a través de la visión gerencial y no desde la coerción y la coacción del imperio público. La administración está para satisfacer necesidades establecidas normativamente, no para intimidar. Se trata de un cambio de paradigma pero el darle peso a la evaluación de las comunidades organizadas y a la sociedad civil permitirá tener al menos un inicio.

IV. EL PRINCIPIO DE EFICACIA EN EL DERECHO VENEZOLANO

1. Reconocimiento normativo del principio

Expuesto lo anterior, resulta necesario señalar que el principio de eficacia resulta ajeno a las Constituciones venezolanas del siglo XIX, respondiendo a esa idea de estado liberal propuesta en la Constitución de 1830, en donde la intervención del estado debía limitarse al fomento. El mayor reto de ese proyecto, era sin embargo, la construcción misma de un Estado, por lo que no es fácil calificar como de exitosa implementación, pues la dificultad de recursos humanos y medios la dificultaron, y en esa misma medida, quedaron pendientes la constitución y prácticas de la naciente Administración, llegándose a afirmar, incluso, la escasa juridicidad de ese estado¹³.

Ya a partir de 1848, con el autoritarismo de Monagas, la sujeción a la fuerza del Congreso y las guerras civiles que le sucedieron, cualquier aspiración de una mínima Administración era simplemente ilusoria¹⁴.

Por ello la Administración venezolana, tal y como la conocemos es un producto del siglo XX. Con el advenimiento de la renta petrolera y de un largo período de estabilidad –el gomecista– es que se tiene los medios y el tiempo para construir las estructuras incipientes de lo que sería la Administración pública venezolana, es decir a partir de la década de los 20 de ese siglo¹⁵, pero respecto del actuar de esta, el principio de eficacia debe esperar hasta la Constitución de 1947 donde se utiliza, respecto de la seguridad social, cuando en su artículo 52 estableció lo siguiente:

“Los habitantes de la República tienen el derecho de vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlos y contra la necesidad que de ellos se deriva.

El Estado establecerá en forma progresiva, un sistema amplio y **eficiente** de Seguridad Social y fomentará la construcción de viviendas baratas destinadas a las clases económicamente débiles” (énfasis propio).

¹³ Plaza, Elena. *El patriotismo ilustrado, o la organización del Estado en Venezuela, 1830-1847*, UCV, Caracas 2007, p. 240 y ss.

¹⁴ En 1865, como Ministro de Hacienda, Guzmán Blanco informó al Congreso (en un diagnóstico que tranquilamente podría ser el de hoy) que “el gobierno carecía de archivos y contabilidad, que la estadística fiscal era inexacta y absurda y que faltaban absolutamente los datos más formales. No existía un censo propiamente dicho; las riquezas nacionales, como tierras baldías y salinas, estaban abandonadas; el presupuesto no era equilibrado; los aranceles de importación y exportación impropios; la legislación de Hacienda insuficiente y anticuada y el país carecía de moneda nacional ...” *Vid.* Polanco Alcántara, Tomás. Guzmán Blanco. *Tragedia en seis partes y un epílogo*. EG. Caracas 2002, p. 396.

¹⁵ Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo, Parte General*. Paredes, Caracas 2020, p. 239.

Estas ideas, en plena consonancia con las de un estado prestacional vinculado a los derechos sociales, llama la atención, porque está dirigido sólo a un aspecto de la Administración. Por ello consideramos que el que se haga alusión a un “sistema amplio y eficiente”, de entrada califica lo existente como todo lo contrario, y define un ámbito en el que el gomecismo no había dado prioridad a pesar del aumento de los ingresos del estado¹⁶, en una manifestación del cambio de paradigmas que el nuevo –y efímero– régimen prometía ser. Estimamos entonces que no es tanto la determinación de un fin del estado como el reconocimiento de uno de los reclamos pendiente del régimen que se estaba sustituyendo.

Esta idea de utilizar el término de eficacia para reforzar la idea de un realidad contraria, la encontramos también en la otra mención de este concepto en el texto constitucional de 1947, cuando en el artículo 213, ya fuera del ámbito de la administración pública, se establece un Consejo Supremo de la Magistratura “a fin de asegurar la independencia, eficacia y disciplina del Poder Judicial”, lo que nos denota, una vez más, una descripción de un estado de cosas más que la declaración de que la eficacia no fuese una aspiración de total la estructura estatal.

Luego, en la constitución de 1953, el término eficacia desaparece completamente, y la de 1961 apenas rescata de la de 1947 lo relativo a la creación del Consejo de la Judicatura (217) con los mismos fines del órgano análogo por ella creado.

En ese sentido resalta, que a pesar de que a partir de finales de la década de los 30 la Administración empieza asumir obligaciones prestacionales y reconocer derechos sociales que obligan al establecimiento de mecanismos de implementación, la eficacia de la administración no haya sido establecido como principio básico de esta.

Así, por ejemplo, se ha indicado que la evaluación del desempeño en la función pública, una de las partes necesarias para valorar la eficacia y la eficiencia de la administración, ya era una realidad en Francia desde 1946, en Italia desde 1957 y en Portugal desde 1979¹⁷, de modo que no era por falta de referentes, sino que se trataba pura y simplemente de una decisión política vinculada una de las características de la administración pública venezolana como lo es su carácter rentista, como trataremos *infra*.

De hecho en la Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, los principios que se establecen para la administración ministerial son estrictamente de tipo organizativo, a saber: la unidad de la personalidad jurídica; la unidad patrimonial; la unidad presupuestaria; la unidad jerárquica; y la unidad sectorial¹⁸. Todos los principios mencionados buscaban más un control a lo interno de la administración que un manejo eficaz de la misma, es decir, regulaba relaciones de poder, no de control de gestión.

¹⁶ Sin embargo, debe siempre hacerse la aclaratoria que en el gomecismo tardío (a partir de López Contreras) hay una mayor preocupación por los temas sociales, en particular, en lo que respecta a la salud pública. Vid. Silva, Luis. *De Cipriano Castro a Carlos Andrés Pérez (1899-1979). Hechos, vivencias y apreciaciones*. Monteávila. Caracas 2000, p. 49 y ss.

¹⁷ Rastrollo Suárez, Juan. “La evolución del principio de eficacia y su aplicación en el ámbito de la función pública: la evaluación del desempeño en La Administración al día”. INAP 2017. Disponible en: <http://la-administracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507505>

¹⁸ Brewer-Carías, 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. EJV. Caracas 1980, p. 5-21.

En sentido, hubo que esperar hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en 1982, para que se establecieran dichos principios en su artículo 30, a saber:

“La actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad.

Las autoridades superiores de cada organismo velarán por el cumplimiento de estos preceptos cuando deban resolver cuestiones relativas a las normas de procedimiento”.

En este caso, la mera implementación de la ley, porque hubo la voluntad política de aplicarla, hecho siempre necesario en el modelo estatal venezolano, implicó la normalización de los procedimientos y el establecimiento de unas reglas de juego claras en la relación entre el ciudadano y la Administración, y significó en sí mismo, el cumplimiento del principio de eficacia, pues como señala Araujo: “el procedimiento administrativo viene a ser una forma de simplificación del actuar administrativo, evitando un esfuerzo de imaginación a la autoridad o funcionario, y uniformando prácticas acertadas de gestión de la Administración”¹⁹, por lo que el balance hecho por Brewer resulta ajustado a la realidad cuando señala que “esta Ley Orgánica, sin duda, ha producido un impacto fenomenal en el funcionamiento de nuestra Administración Pública, similar a una revolución administrativa, pues ha cambiado radicalmente la situación anterior”²⁰.

De lo dicho debemos destacar que en contexto de normalidad democrática, sí es posible realizar cambios a través de la ley y de su debida implementación, y que lo ocurrido en este caso es una demostración de ello, lo que en el contexto actual no deja de ser esperanzador.

Pese a lo anterior, es llamativo que es la creación de mecanismos y estructuras, al igual que en el siglo XIX, respecto a la creación de los órganos de la Administración, lo que sea un progreso en sí, y aunque efectivamente tal es el caso, también evidencia lo que ha tardado el estado venezolano, ya a finales del siglo XX, en establecer una relación normalizada con los ciudadanos y pone también de relieve lo problemática que ha sido la misma.

De acuerdo con Rondón de Sansó, los principios establecidos en la LOPA para garantizar “la eficacia de la actuación administrativa” serían: 1) Principio de economía procedimental, 2) Principio de racionalización de la actividad de la administración (a su vez compuesto por la publicidad del estructura administrativa, el orden de entrada y el expediente administrativo), 3) Principio de actuación de oficio y 4) Principio de la libertad de la prueba²¹. Como puede apreciarse los enumerados son principios vinculados al procedimiento, pero el artículo 30 ya citado establece la eficacia respecto de toda actuación de la administración por lo que esta apreciación resulta muy limitada respecto de los objetivos originales de la ley al centrarlos a apenas un aspecto de la actividad administrativa.

¹⁹ Araujo-Juárez, José. *Tratado de derecho administrativo formal*. Vadel, Caracas 1998, p. 121.

²⁰ Brewer-Carías, Allan R. “Introducción al régimen de la Ley Orgánica en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y legislación complementaria*. EJV. Caracas 2008, pp. 12 y 13.

²¹ Rondón de Sansó, Hildegard. “Estudio preliminar,” en *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y legislación complementaria*. EJV, Caracas 2008, p. 100.

Luego, con la aprobación de la Constitución de 1999, lo que había que buscar afanosamente en el derecho positivo, ahora pasó a formar parte del discurso normativo y en sus dos manifestaciones, como veremos. De este modo, la palabra eficacia aparece 4 oportunidades en el texto constitucional: 1) como principio de la Administración Pública (art. 141); 2) como principio del proceso judicial (art. 257); 3) Como exigencia a la rendimiento de la Defensa Pública; y 4) Como parte de los principios que debe la legislación imponer al Banco Central de Venezuela (disposición transitoria 4ª, aparte 8).

En lo que respecta a la eficiencia, la Constitución resultó aún más prolija al ser invocada en doce ocasiones, diez de la cuales en relación con la Administración, y las dos restantes como una de las características que deben tener los procesos electorales (art. 298, núm. 10) y como uno de los principios que debe regir al régimen socio económico del país (art. 299).

Los enunciados de eficiencia sobre la Administración Pública son los siguientes:

- Respecto del sistema de seguridad social (art. 86).
- Respecto de la administración del patrimonio de las universidades autónomas (art. 109).
- Como principio de la Administración (art. 141).
- Como principio del ingreso a la función pública (art. 146)
- Al establecerse la descentralización como un medio eficaz y eficiente de los cometidos estatales (art. 158).
- Como principio respecto al uso de los recursos provenientes del situado constitucional (art. 167).
- Como principio de la gestión fiscal (art. 311).
- Como principio del sistema de recaudación de tributos (art. 316).
- Como principio del Fondo de Estabilización Macroeconómica (art. 321).
- Como otro de los principios que debería contener la ley que regule al Banco Central de Venezuela (disposición transitoria 4ª, aparte 8)

Tenemos entonces que de ser terreno árido a la eficacia y a la eficiencia, el derecho constitucional ha pasado a ser un abono para los mismos. Pera la explicación para nosotros es clara: al igual en que 1947, esta prolijidad no parte necesariamente de una voluntad política de ser exigido respecto al uso eficiente de los medios, sino del reclamo de las aspiraciones insatisfechas que dejó el desarrollo e implementación de la Constitución de 1961, que respecto de las obligaciones del estado, en general tenía la misma carga a favor del estado y cuyos resultados, a pesar de los indiscutibles grandes avances, fueron en la mayoría de los casos justamente criticados. Es pues desde el reclamo que se pide una Administración eficiente, y en modo alguno desde una evolución de la propia institución, pues esto último queda negado por la presunción de que se parte desde un imaginario nuevo comienzo que exige criticar el pasado sin considerarse parte del mismo, y mucho menos una evolución de este.

Esto último resulta trascendente en la medida que los hechos nos han demostrado que la acumulación de poder que régimen actual ha tenido, con un manejo ya no opaco

sino turbio de los haberes públicos y la falta total de controles, ni siquiera formales, permiten concluir que no hubo voluntad política de convertir esa consagración de la eficacia y la eficiencia como principios constitucionales en una realidad concreta.

Lo dicho se inscribe entonces en el marco general de una apariencia institucional detrás del cual se encuentran desarrollos normativos, sean legales, sublegales o judiciales, que vacían de contenido los llamativos principios constitucionales para convertirlos en lo contrario de lo que deberían ser.

En ese mismo sentido, tenemos la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos²², cuya aplicación ha sido un total fracaso para una administración cada vez más adecuada a que los ciudadanos soporten sus exigencias con independencia de la arbitrariedad de las mismas o las dificultades que les impongan a estos, y entre cuyas manifestaciones más comunes son las largas filas, muchas veces de un día para otro que los ciudadanos debe realizar para realizar un trámite u obtener un servicio por parte de la administración.

Por su parte, también tenemos la primera Ley Orgánica de la Administración Pública²³ y sus posteriores reformas²⁴, en la que se pretendió desarrollar esos postulados constitucionales, y en la que se sigue el patrón general de revertir el contenido esencial de los mismos. Así entonces, en esta norma legal se hace positiva la distinción entre eficacia (art. 19) como “el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión” establecidos por el Presidente de la República o la máxima autoridad según el nivel político territorial, mientras que la eficiencia (art. 20) es vista desde dos vertientes, primero al decir que la “asignación de recursos se ajustará estrictamente a los requerimientos de su funcionamiento para el logro de sus metas y objetivos” y en segundo término que la Administración “propenderá a la utilización racional de los recursos, materiales y presupuestarios”.

Como puede apreciarse, la definición de eficiencia resulta poco ajustada a lo que debería ser en la medida en que la eficiencia es, como indicáramos la relación entre medios y objetivos, algo que siempre debe estar presente, mientras que la ley citada (y en las reformas posteriores a la misma) se condiciona bajo la utilización del verbo “propender” esto es “Inclinarse o tender a algo” lo que hace algo deseable pero no obligatorio, y en la misma medida no exigible.

Por ello, entonces podemos decir que en la normativa legal venezolana, si bien la eficacia es ya un principio indiscutible de la Administración, en lo que respecta a su desarrollo y evolución natural, es decir, la eficiencia, esta es apenas algo recomendable pero no necesario de la actuación de la Administración, por lo que no es posible calificarlo como un principio establecido en el derecho positivo o no por lo menos desde la perspectiva del desarrollo legal.

Lo expuesto es una demostración de la técnica de desvinculación que a través de desarrollo legal ha ejecutado el régimen para convertir una obligación constitucional es una potestad discrecional de la administración, y de esta forma dejar sin efecto en la realidad de la actuación de la administración algo que debería ser parte de sus obligaciones.

²² Decreto Ley publicado en la *Gaceta Oficial* Extraordinario N° 5.393 de fecha 22 de octubre de 1999.

²³ Ley publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de octubre de 2.001.

²⁴ La ley vigente fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.147 Ext. de fecha 17 de noviembre de 2014.

2. Razones para el reconocimiento tardío del principio de eficacia

Poniendo la situación en perspectiva, el hecho de que la creación de la Administración Pública en términos de su implantación, sea, como se ha indicado un esfuerzo realizado desde la década de los años 20 del siglo XX y que la estructuración, desde un punto de vista de un estado moderno, de su relación con los sujetos a los que está llamado a servir, haya tardado 60 años, es un signo manifiesto del problema que la institucionalización comporta para el país, y que resulta un reto para la reconstrucción, luego de necesario proceso de deconstrucción a la que tiene que ser sometida la Administración venezolana para reincorporarla a la modernidad.

En ese sentido, hace casi cuatro décadas, se urgía no sólo a la regulación de la relación con los ciudadanos, sino también al paso siguiente, esto es, la evaluación de la conducta de la Administración y la determinación del cumplimiento o no de sus obligaciones, pues Brewer lo expresó claramente en los siguientes términos en 1982:

“En nuestro país hemos desarrollado controles de todo tipo, menos el control de gestión. Por ello, en general, puede decirse que carecemos de un control del rendimiento del gasto público y del resultado de la gestión administrativa. El control se ha reducido a un mero control fiscal del gasto público, en el sentido de saber si el gasto efectuado corresponde al autorizado, pero no nos hemos interesado en saber ni si se gastó bien ni si se lograron los objetivos programados”²⁵.

Ese diagnóstico, en el que el control era entendido como control del gasto y no del rendimiento del mismo y de alcanzar las metas se prolongó hasta el siglo XXI mientras hubo apariencia de institucionalidad.

Ahora bien, ¿a qué se debe esta reticencia de los poderes públicos a consagrar la eficacia y la eficiencia como uno de los principios de su actuar? Creemos que la respuesta no debe ser el simplismo del lugar común según el cual ello obedece a la corrupción o al dispendio del gasto público (que en todo caso sí tienen incidencia), sino que consideramos que tiene que ver con elementos estructurales de la economía que han tenido una influencia fundamental en la conformación del Estado y lo han marcado de una manera diferente a lo que debería ser el desarrollo de la Administración en el contexto en que esta debería comportarse normalmente.

De este modo, idealmente y ocurre en muchos países, la Administración debe obtener sus recursos luego de que el aparato productivo del país sufraga sus costos, genera sus bienes y servicios, obtiene una contraprestación por ello, da sus beneficios y finalmente paga sus impuestos. Como es sabido, en el caso venezolano esto no era así (la situación actual merece otro análisis que escapa al objetivo de estas líneas) en la mayor parte del siglo XX y durante un tramo de lo que va del presente, pues los ingresos del Estado provienen de una renta, en este caso de la renta petrolera.

Las consecuencias de esta situación, las describe magistralmente Urbaneja, al señalar las siguientes consecuencias del sistema rentístico en el Estado venezolano:

- La acumulación del capital proviene de esa renta que no es la consecuencia del esfuerzo de alguna parte de la sociedad.

²⁵ Brewer-Carías, Allan R. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. T. II, EJV, Caracas 1982, p. 349.

- Esa renta proviene de una operación política respecto al origen y destino de la renta. La renta no es producto de la inversión sino del acuerdo entre el sector político que detenta el poder y las empresas que extraen el petróleo, y en ese sentido da lo mismo si estas últimas son públicas o privadas. Así mientras en un estado mínimo lo elemental es que el estado sea eficiente, al menos, en la recaudación de impuestos, con lo que ello comporta y exige de estado, en el supuesto de la renta, este esfuerzo se limita a unos pocos funcionarios que negocian con las empresas, por lo que la diferencia es evidente,

- Siendo la razón de la renta la propiedad del Estado sobre el petróleo, de esto se deriva que en realidad se trate de una propiedad común del pueblo por él representado, por lo que a diferencia de una economía productiva, no es achacable al esfuerzo de un determinado sector de la sociedad sobre el que descansa el peso de producir esos recursos.

- Lo anterior condiciona el destino de esos recursos, pues la asignación de esa renta es una operación estrictamente política, con criterios definidos por el estado. Esto genera una puja entre diferentes sectores por convencer al estado distribuidor que la asignación es mejor que a otros, pero no necesariamente desde la perspectiva de las necesidades, sino desde el reclamo, pues al final todos somos titulares de la riqueza, y esto es fundamental, aunque no la hayamos producido, y lo que determina la distribución es la cercanía con el distribuidor.

- A diferencia de otros sectores de la economía, la industria petrolera, si bien requiere grandes inversiones no implica el desarrollo de extendidas cadenas de producción o soporte, siendo de hecho, su mayor carga los impuestos que debe pagar, lo que hace que el Estado que recibe esos ingresos no debe preocuparse por destinar una parte importante de esos recursos en mantener a la industria, lo que le da la libertad de destinarlos a lo que mejor le parezca.

- El papel de distribuidor de los recursos de la renta, al final, hace que tanto la economía como la sociedad dependan del Estado, y la posibilidad que tiene la sociedad de influir en la distribución no viene dada por la viabilidad económica de su actividad sino “por su capacidad o incapacidad de producir estabilidad o inestabilidad política” en la medida en que el factor de distribución es político como se ha dicho.

- Esto último altera lo que debería ser la distribución de los recursos en un estado no rentista, en la medida en que los ingresos son aportados por quienes los generan y estos tienen, por ello mismo, la posibilidad de presionar sobre el uso de los recursos que se derivan de sus esfuerzos.

- Asimismo, al ser el Estado el distribuidor de una riqueza que no genera también deja de percibir recursos al no exigir impuestos pues sus requerimientos de capital son cubiertos por la renta, de modo que en ese sentido el Estado deja de percibir recursos que en otras circunstancias requeriría a través de la carga impositiva. Y eso incide igualmente en la inexistencia de estímulos para hacer eficientes los mecanismos de recolección de los impuestos que sí se cobren, porque su importancia es secundaria respecto de la renta.

- Todo lo expuesto genera una multitud de relaciones con el Estado, de asociaciones para un mejor posicionamiento político que finalmente exigen su parte de la renta, no desde la posición del que genera los recursos, sino del titular de esa renta que él creó, es decir, desde el reclamo, generándose de este modo una constante tensión que variará de acuerdo con las circunstancias. De este modo, por ejemplo, en un estado que vive de los impuestos, que los que más pagan hagan presión sobre el gastos, y por ello sean escuchados, mientras que en el supuesto de la renta todos son titulares, sin haberla generado, y por tanto no hay una *primus inter pares*.

- Adicionalmente, al no ser una riqueza productiva la renta genera una contradicción, pues se dice que es necesario crear una economía que no dependa de esa renta, pero por otro lado quienes tiene la obligación de llevar a cabo este cometido, de lograrlo, perderían el poder que da el distribuir la renta, por lo que se predica eliminar la renta, pero en la práctica todo conduce al mantenimiento del sistema al ser incapaces las clases dirigentes de abandonar las posiciones de poder que esto les genera²⁶.

- En conclusión, no hay estímulos para hacer más eficiente la recolección de impuestos, primer cometido de cualquier Estado, y tampoco de gastarlo racionalmente, pues quien genera esa riqueza no le interesa saber cómo se gasta, y quien lo distribuye centra sus esfuerzos en esa distribución y no en su uso eficiente, dado que no existe una relación de control sobre lo distribuido, sino una relación equilibrio de poderes entre sectores que puedan o no generar desestabilización.

Ahora bien, ¿qué tiene que ver todo lo anterior con el principio de eficacia, y sobre todo con el de eficiencia de la administración? Para nosotros mucho, pues al depender la economía y la sociedad de la distribución de la renta por parte del Estado, las exigencias sobre el manejo de los recursos se centran más en que la distribución recaiga en el sector que tenga más peso sobre la decisión política, y no respecto a que ese destino se corresponda con lo que deba ser el fin de la Administración. Se trata de un tema axiológico, donde la determinación de la necesidad y la valoración de las mismas se encuentran tan mediatizadas en los grupos de presión, que aunque algunas decisiones efectivamente coincidan con el interés general, no pocas serán para aplacar amplios sectores cuyos objetivos no sean los de la sociedad integralmente considerada.

No es que esto no ocurra en un modelo no rentista, pero al menos en el modelo que vive de sus impuestos, es algo natural dar beneficios al sector productivo, para, precisamente, coleccionar más impuestos. En nuestro caso, la independencia del aparato productivo es por el contrario una amenaza pues se haría independiente, o menos dependiente, del estado, y esto define toda la situación.

Por ello, insistimos, no se trata, obviamente, que toda actuación de la Administración sea en función de distribuir la renta a un sector determinado y que por ello no se destinen los recursos al bien común, sino que la determinación de esos recursos responda más al criterio político que a las necesidades de la sociedad. Un ejemplo de ello, lo tenemos, en los gastos de infraestructura que durante la dictadura de Pérez Jiménez se

²⁶ Vid. Urbaneja, Diego. *La renta y el reclamo. Ensayo sobre petróleo y economía política en Venezuela*. Alfa. Caracas 2013, pp. 115 y ss.

hicieron en la capital del país, en marcado contraste con el resto de los Estados, y así aunque esa infraestructura estaba en su mayoría destinada al interés general, se hacía a costa de la desinversión y el desarrollo de otras regiones con menos peso político para recibir recursos.

Otra consecuencia es que al ser los recursos, durante mucho tiempo, superiores a las necesidades de la Administración, la exigencia del uso racional de los mismos fue sustituida por el simple cumplimiento de las metas u objetivo concreto, y así si una obra pública cuesta varias veces los mismo que en otro país con características similares, lo que se destaca es la verificación del objetivo y no los costos de la operación, lo que a la larga afecta al bien común de aquellos que no pudieron recibir ese mismo bien y ese servicio pero no lo recibieron porque se destinaron los recursos sin reparar en el costo. Un ejemplo de esto lo tenemos en el caso de una vía de metro, pues si un kilómetro de ese medio de transporte se hace con los recursos que pudieran usar para hacer tres, los perjudicados por ese dispendio son las comunidades de esos dos kilómetros que no se pudieron hacer por el sobreprecio del primero.

Finalmente, otro factor distorsionador de la renta es que saca las compras de bienes y servicios del mercado, en la medida en que los precios de los mismos por varios factores. El primero es la propia ineficacia de la Administración en realizar contrataciones y pagos ágiles, lo que implica más costos para los contratistas, a pesar de que en las compras de volumen la Administración debería obtener economías, pero ello lo impiden las dificultades, tardanzas, y por supuestos, las prácticas dilatorias *non sanctas* que recargan aún más los costos. Otra razón, es que al no haber estímulo para hacer más eficiente el uso de recursos, las estimaciones presupuestarias pasan de ser el máximo estimado de un bien o servicio a ser el objetivo a gastar, con lo que ello conlleva, y visto que desde el inicio el valor de mercado pierde su sentido de ser guía de las compras, muchas veces lo estimado termina siendo el “valor” de la contratación. A partir de estos supuestos resulta imposible al funcionario más diligente en cumplir con el artículo 30 de la LOPA el lograr sus cometidos pues las deficiencias van más allá de un contratista cómplice y obedecen a como está construida la formas de ejecutar el presupuesto.

Esto último, ha tenido un terrible impacto, pues como señala Brewer el gasto público sólo se mide por la legalidad del gasto y de su imputación en el presupuesto, pero respecto a la racionalidad del mismo. Y la concreción de esto lo vimos cuando la ley señala que la eficiencia como algo deseable pero no obligante.

A partir de allí, ya no es posible hablar de gerencia pública, pues no puede llamarse de este modo el simple destino de los fondos sin importar la eficiencia de ese gastos, pues cuando los recursos disminuyen no se tienen mecanismo que permitan cumplir los objetivos y la Administración simplemente se limita a justificar sus incumplimientos en la falta de asignación de recursos, esto es, en su incapacidad de vencer al que distribuye la renta de que los recursos deben ir a ese sector y no a otro.

Por ello no nos sorprende que las primeras limitaciones estructurales a la actuación del Estado, hayan coincidido con el inicio del declive del sistema rentístico, es decir a principios de la década de los 80, y aun así, a pesar del obvio agotamiento del modelo, la fuerza del mismo fue tal que la falta de criterios de eficiencia sobre el control de los recursos siguió en los mismos términos hasta el arribo de la Emergencia Humanitaria y la crisis política que la originó, en la que se produce un rompimiento institucional de tal magnitud que los controles existentes, que aún con sus limitaciones, imponían obligaciones de rendir cuentas al estado, dejan de ser aplicados.

La mayor expresión de esto último la tenemos en la sentencia N° 90 del 24 de febrero de 2017²⁷, dictada por la Sala Constitucional, en la que alegando el supuesto desacato de la Asamblea Nacional, le atribuye consecuencias a ese supuesto que no están en el ordenamiento jurídico, y usurpa atribuciones de ese poder público al establecer que la memoria y cuenta que debía presentarse ante la Asamblea Nacional, a partir de ese momento debía hacerse ante el Tribunal Supremo de Justicia, lo cual ocurrió en marzo de ese año, pero en la práctica se ha convertido en ausencia de control al punto que no se conocen las memorias y cuentas de los ministerios, ni siquiera de la Contraloría, y mucho más grave aún se desconoce cuál es el presupuesto público²⁸ (cuya aprobación también se atribuyó el TSJ), de modo que a partir de la falta total de información cualquier idea de evaluación resulta ilusoria.

Por ello en ese sentido, con el desmantelamiento de las instituciones, también se elimina los mecanismos por los cuales los ciudadanos puedan tener conocimiento de los objetivos del Estado, y partir de allí, hacer una evaluación sobre la ejecución de tales metas, pues se desconocen tanto unos como los otros.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Así como el derecho no se agota con la simple publicación de una norma en la Gaceta Oficial, el principio de eficacia, y su correlato, el de la eficiencia, no se producen con su introducción en una ley, sino que implican el establecimiento de un cuerpo funcional que dependa del cumplimiento de estos principios para su propio desarrollo profesional. Esto obliga a cambios estructurales en el modelo de Estado en Venezuela, pues mientras la Administración dependa de su cercanía a quien distribuya una renta no saldremos de la Administración que hemos conocido, y para ello necesitamos de un Estado que necesite una Administración que se exija a sí misma para justificar su existencia, que se sepa observada y que vea como algo natural dar explicaciones y tener los archivos expuestos, pues sólo ante la tensión que genera esa exigencia surge naturalmente que el aparato funcional se vea compelido a cumplir metas con el mejor manejo de recursos, de lo contrario estamos condenados a tratar de ser los primeros en la cola de una oficina pública.

²⁷ *Vid.* <https://www.accesoalajusticia.org/presentacion-de-la-memoria-sobre-la-gestion-del-vicepresidente-ejecutivo-y-demas-ministros-ante-el-tsj/>

²⁸ *Vid.* <https://www.accesoalajusticia.org/el-tsj-usurpa-a-la-an-el-control-del-presupuesto/>

24. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ECONOMÍA DE MERCADO. (ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD CON LA ECONOMÍA DE MERCADO)

José Amando MEJÍA BETANCOURT*

Resumen: Este trabajo plantea el impacto en el Derecho administrativo de la instalación en el futuro de una economía de mercado en Venezuela y su necesaria adaptación como derecho del funcionamiento del Estado. Se reflexiona sobre el significado de pasar de un Derecho administrativo de la intervención económica a un Derecho administrativo de la regulación económica. Se estudia el proceso de integración y armonización de la ley de libre competencia con el Derecho administrativo.

Palabras clave: Mercado. Competencia. Regulación.

Abstract: This work raises the impact on the administrative law of the installation in the future of a market economy in Venezuela and its necessary adaptation as a right to the functioning of the State. A reflection is taken on the meaning of moving from an administrative right of economic intervention to a regulatory administrative law of economic activities. The process of integrating and harmonizing the law of free competition with administrative law is studied.

Keywords: Market. Competition. Regulation.

INTRODUCCIÓN: LA METAMORFOSIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

El establecimiento de una economía de mercado en Venezuela es una posibilidad y más que eso, una necesidad, lo que llevaría a una reconfiguración del Derecho administrativo nacional. Uno de los elementos significativos de la lucha política es la visión de futuro que se tiene del modelo económico necesario para la reconstrucción nacional. Una economía libre de mercado donde el actor fundamental sea la sociedad civil es una de esas opciones y, en mi opinión, la única estrategia política y económica que permitirá recuperar a Venezuela. Lo que puede representar un vuelco muy grande para el Estado y el Derecho administrativo que lo protege.

Venezuela desde que se configuró como un Estado de Derecho administrativo,¹ fue asumiendo una serie de tareas en el área económica y se transformó en un Estado muy in-

* Abogado de la UCAB. Doctor de la Universidad de París (II). Postgrados: DSUP en Finanzas Públicas; DSUP en Derecho Administrativo; DSUP en Derecho Comercial; en la Universidad de París (II). Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada de París. Profesor universitario. Tiene más de cincuenta artículos publicados y una Tesis de Doctorado. Correo electrónico: ja-mejia@hotmail.com

tervencionista. Consecuentemente, el Derecho administrativo como “conjunto de reglas jurídicas relativas a la existencia, la organización, al funcionamiento y a las relaciones del Estado y demás personas públicas”,² es decir, “como la parte del Derecho público que se aplica a la actividad administrativa”,³ se transformó en un Derecho de la intervención económica del Estado, “muy dependiente de la intensidad y de las modalidades variables de la intervención económica y social”,⁴ pasó a tener un gran protagonismo político y desarrolló las técnicas adecuadas para tal propósito. Particularmente la del “servicio público”, como instrumento privilegiado de la intervención del Estado y “el objeto políticamente más sensible del Derecho administrativo”,⁵ símbolo del modelo económico y social de la democracia venezolana.⁶ Pero, esta situación puede cambiar significativamente en el futuro con la instalación de una economía de mercado.

El periodo democrático correspondiente a la vigencia de la Constitución de 1961 conocido en el mundo político como la “cuarta república”, que va desde el año 1958 hasta el año 1999, fue desde el punto de vista económico un “gran desastre”, como lo ha demostrado hasta la saciedad en sus trabajos el Profesor y economista Venezolano Hugo Faria.⁷ Hasta una fecha reciente, la visión general que se tenía de este periodo era la de una economía administrativa, dirigida, mixta y social-demócrata exitosa, en contraste con lo que indican los estudios de la economía real;⁸ cuestión que se intentó cambiar y corregir, sin éxito, en el segundo gobierno del Presidente Carlos Andrés Pérez entre 1989 y 1992.⁹ Ahora, treinta años después, se vuelve a plantear abiertamente que es necesario en el futuro instalar en Venezuela una verdadera economía de mercado y no repetir el mismo modelo económico de la “cuarta república”, de economía mixta: intervencionista y mercantilista, donde funcionaba la lógica del Estado y la lógica de los empresarios arrimados al poder político, en lo que se llamó “el sistema de conciliación de elites”, por el Profesor y politólogo venezolano Juan Carlos Rey.¹⁰

¹ Mejía Betancourt, José Amando. “La configuración del Estado de Derecho administrativo en Venezuela”. En: Hernández-Mendible, Víctor y Villegas Moreno, José Luis, *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*. Cereco - Universidad Monteávila - Cidep. Caracas 2018, p. 143.

² Didier Truchet. “*Le Droit administratif*”. Thémis droit. Puf. Paris. 2019. p. 1.

³ *Ibidem*. p. 23.

⁴ *Ibidem*. p. 16.

⁵ *Ibidem*. p. 362.

⁶ Rachadell, Manuel. *Evolución del Estado Venezolano 1958 - 2015: de la conciliación de intereses al populismo autoritario*. EJV - Funeda. Caracas 2015, p. 89.

⁷ Faria, Hugo. *El encarecimiento injusto*. Cedice - Universidad Monteávila. Caracas. Faria, H. *10 autores y 7 propuestas para rehacer a Venezuela*. Editorial Panapo, 2003. Faria, H. *Para rescatar la prosperidad*. CEDICE y Fundación Siglo y Compromiso, 2005. Faria, H., González, J., Penzini, L., Pérez, R., Zalzman, S. y Zerpa, J. “*Measuring the Costs of Protection in Venezuela*” *The International Business and Economics Research Journal*, 2005.

⁸ Batista, Asdrúbal. *Bases Cuantitativas de la Economía Venezolana 1830 - 1995*. Fundación Polar, Caracas 1997.

⁹ Rachadell, Manuel. *Evolución del Estado Venezolano 1958 - 2015: de la conciliación de intereses al populismo autoritario*. EJV- Funeda. Caracas 2015, p. 62.

¹⁰ Rey, Juan Carlos. “La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 74, Madrid octubre-diciembre 1991.

Que, además, en opinión de muchos, generó la situación política posterior y la instalación de la dictadura “chavista-cubana”.

El modelo económico de la “cuarta república” se fundamentó en una fuerte, pletórica y decisiva intervención del Estado en la economía. Durante este periodo la industria petrolera fue nacionalizada al igual que otras muchas industrias, haciendo preponderante la presencia del Estado en la actividad económica. Lo que generó la creación de una institucionalidad económica para la democracia¹¹ completamente desfasada en relación con el proceso de globalización de las actividades económicas a partir de mediados de los años 80.¹² Dando lugar al falso y demagógico modelo de economía mixta: intervencionista y mercantilista, que provocó el “gran desastre”. Donde las empresas privadas recibían todo tipo de privilegios del Estado y no competían entre ellas y que, por lo tanto, lo más importante por encima de cualquier cosa era conservar una privilegiada y productiva relación con el poder político, que les permitiera recibir prerrogativas que cuidaban celosamente y que pretenden mantener en el futuro de manera permanente.¹³ El empresariado venezolano, mayoritariamente, se acostumbró a ser un parásito del poder político y a vivir del Estado en lugar de participar en un mercado competitivo. Por ello la doctrina económica denomina al modelo como “mercantilista”, preocupado sobre todo por el deseo de ganar dinero sin escrúpulos éticos y de obtener rápidos beneficios y provechos. Con un marcado carácter ávido de hacer dinero, extractivo, duro e inflexible. La doctrina de ciencias políticas norteamericana no tiene reservas en llamar a este fenómeno “la oligarquía de hierro latinoamericana”.¹⁴ Y, además, causa fundamental del extendido fenómeno de la corrupción en la vida nacional.

Por otra parte, el Estado venezolano se hizo independiente de la sociedad, no vivía de los ciudadanos sino de sus ingresos petroleros propios, lo que fue fatal en lo político y económico. En lo político, porque se exacerbó la lucha por el control del poderoso Estado petrolero que permitía dominar a la sociedad y someter a toda la vida nacional y, en lo económico, porque creó esa “economía mercantilista” dependiente del Estado que resultó un “gran desastre”, creando privilegios, monopolios y situaciones de favor a las empresas vinculadas con el poder político, con una filosofía, cultura y estructura económica, totalmente contraria a la de una economía de mercado. Situación que tuvo una tremenda repercusión económica y social, porque el ingreso por habitante creció alrededor del 1% entre 1958 y 1981 y a partir de ahí hasta 1999 se hizo negativo.¹⁵ Cuando entre los años 1920 y 1957 el ingreso per-cápita crecía anualmente aproximadamente el 5 %. Se encarecieron los productos, se hicieron inaccesibles para la gran mayoría de los ciudadanos y el sistema solo benefició a una pequeña parte de los venezolanos. Surgieron los grandes cinturones urbanos de miseria. Eso trajo las complicaciones sociales, la pobreza y el desastre político y económico que hemos vivido después.

¹¹ Rachadell, Manuel. *Evolución del Estado Venezolano 1958 - 2015: de la conciliación de intereses al populismo autoritario*. EJV - Funeda. Caracas 2015, p. 81.

¹² Braquet, Laurent y Mourey, David. “*Économie Principes fondamentaux*”. Deboeck. Lovaina. Bélgica 2019, p. 341.

¹³ No es un secreto que la oposición venezolana a través de su propuesta llamada “Plan país”, pretende restaurar el fracasado modelo económico social-demócrata e intervencionista de la “cuarta república”.

¹⁴ Acemoglu, Daron y Robison, James. A. *Porqué fracasan los países. Why nations fail*. USA 2012.

¹⁵ Faria, Hugo. *El encarecimiento injusto*. Cedice - Universidad Monteávila. Caracas p. 27.

Ningún país desarrollado tiene un Estado que no viva de los ciudadanos. La trágica experiencia venezolana lleva necesariamente a plantear un cambio de paradigma y, por ello, la necesaria instalación de una economía de mercado que permita levantar el nivel de vida de todos los venezolanos. Reflexión a la que consagramos este artículo, de lo que puede significar para el Derecho administrativo venezolano la instalación de una economía de mercado, el cese de la intervención económica del Estado y el final del modelo llamado de “economía mixta” de la democracia venezolana. Donde se pretendió sin éxito que funcionara la lógica del Estado y de su intervención económica y, a la vez, como ocurre en Europa, la lógica de la economía de mercado, pero, que, la experiencia venezolana demuestra que es una quimera imposible ya que la experiencia terminó con la democracia y en un completo fracaso económico.

Este modelo de economía mixta que funciona hoy en día en los países que conforman la Unión Europea y al que nos vamos a referir abundantemente, parte de la decisión de crear una “economía de mercado”. Con un régimen jurídico general de “libre competencia” aplicable a todas las actividades económicas industriales, comerciales y de prestación de servicios, bajo el principio de la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales en todo el territorio de la Unión. Además, progresivamente, mediante diferentes modalidades, los servicios públicos industriales y comerciales que se sometían a un régimen de explotación en forma de monopolio por el Estado, se han ido abriendo al mercado y se han creado las regulaciones y normativas sectoriales necesarias para que se sometían a la competencia. Hoy en día los grandes servicios públicos industriales y comerciales europeos están administrados y sometidos a las reglas de la competencia.

El establecimiento de la economía de mercado ha hecho surgir un “Derecho de la libre competencia” que comprende una legislación general, horizontal, de la competencia, aplicable a todas las actividades económicas, privadas y públicas, y, una legislación sectorial, vertical, de la competencia, aplicable a los sectores que constituían antes servicios públicos y los cuales ahora se rigen por las reglas de la libre competencia. Lo que significa la entrada del “Derecho de la libre competencia” en el Derecho administrativo en general. Además, el “Derecho de la libre competencia” aparece como un “derecho único de la competencia que se aplica de manera uniforme a las personas públicas y a las personas privadas”,¹⁶ lo que plantea la problemática de la frontera entre el “Derecho de la libre competencia” y el Derecho Administrativo. Que se traduce en una “unicidad” del “Derecho de la libre competencia”, que “impone al juez administrativo a aplicar las reglas de la competencia a los actos administrativos de la misma manera que el juez judicial las aplica a los comportamientos de las empresas privadas”.¹⁷ Lo cual, por cierto, no ha sido obstáculo para que en los servicios públicos ahora sometidos a la libre competencia, se concilien con imperativos del interés general como los vinculados a la cohesión social, a la protección del medio ambiente, la cultura, la protección de los consumidores, etc.¹⁸

¹⁶ Stéphane. Braconnier. *Droit public de la économie*. Themis droit. Puf. Paris. 2017. p. 71.

¹⁷ *Ibidem*. p. 68.

¹⁸ *Ibidem*. p. 66.

Pero, desde ya, dejamos constancia, que el esfuerzo importante hecho durante la “cuarta república” para que funcionara en Venezuela una “economía mixta” del tipo europeo, terminó en un “gran desastre” como hemos dicho. Y sería un desastre todavía mayor, tratar de restaurarlo y ponerlo de nuevo, con acomodos, en la agenda de la futura Venezuela. La reinstalación de la llamada “economía mixta”, donde se le deja al Estado el manejo de la industria petrolera, de industrias básicas y de muchas otras actividades económicas, encuadradas dentro del llamado “Estado de bienestar”, no es compatible en Venezuela con la instalación de una verdadera y genuina “economía de mercado”. Ya se intentó y no funcionó. Si este modelo existe hoy en día en Europa, como hemos dicho, nuestra dolorosa experiencia histórica, repetimos, nos indica que no es trasladable de nuevo en el futuro a la realidad venezolana.

La instalación de una economía de mercado traería importantes consecuencias para el Derecho administrativo, pues dejaríamos de pensarlo como un Derecho de la intervención económica para comenzar la reflexión de un Derecho administrativo de la regulación económica. Medir el impacto jurídico de la economía de mercado, sacar la economía del ámbito de la intervención del Estado, plantear la mutación del Derecho administrativo a la regulación, hacer compatible el Derecho administrativo con las técnicas del Derecho de la competencia, preservar el mercado, reconfigurar y visualizar otro Derecho administrativo pensado de otra manera. Pasar de un Derecho del poder público económico a un Derecho de fomento y regulación de la actividad económica. Dejar de ser un Derecho protector de las actividades económicas del Estado y entender el reto del principio de compatibilidad con la economía de mercado. Abandonar la ideología social-demócrata a la que se encuentra adherido. En fin, son muchos los aspectos a tomar en cuenta en ese cambio fundamental en la vida venezolana, que significaría quitar protagonismo al Estado, reducirlo y vaciar el enorme poder político que conlleva su dominio económico. Un cambio mental es necesario, pues, para asimilar y concebir el Derecho administrativo como un Derecho del funcionamiento de la economía de mercado y de la libre competencia.

Al sacar del ámbito del Estado la actividad económica se hace inevitable replantear, estudiar y discurrir técnicamente al Derecho administrativo y visualizarlo de otra manera, más bien, como un Derecho de facilitación, estímulo, regulación y fomento de la actividad económica de los particulares. Deja de ser un Derecho protector de las actividades económicas del Estado y creador de privilegios y excepciones a las empresas públicas y a las empresas privadas asociadas al poder político, para transformarse en un Derecho cuya principal preocupación sea que funcione bien el libre mercado. Cambiar de un Derecho administrativo enemigo de los particulares y creador de obstáculos a sus actividades económicas, a un Derecho administrativo adaptado a su nueva función de ordenador del mercado. Pasar de un Derecho administrativo cómplice de la corrupción, irresponsable e instrumento del fracaso económico del Estado venezolano y distribuidor de privilegios y prerrogativas de las empresas mercantilistas, públicas y privadas, a un nuevo Derecho administrativo de la democracia de mercado.

El impacto de la instalación de una economía de mercado será muy grande para el Estado venezolano que siempre se concibió a sí mismo como un poder económico, como un actor importante y decisivo en el mundo económico a partir del desarrollo de la industria petrolera y, donde, el Derecho administrativo constituyó su principal apoyo, sostén e instrumento de realización de esta visión de poderoso actor de la economía.

Sacar la actividad petrolera y otras actividades económicas del ámbito estatal mediante un gran proceso de privatización, significará un gran reto para nuestro Derecho administrativo, concebido hasta ahora para ser la estructura jurídica de la intervención y de la acción preponderante del Estado en la economía venezolana.

I. LA APROPIACIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Es necesario desmontar la apropiación ideológica del Derecho administrativo venezolano por las corrientes políticas de la social-democracia y social-cristiana, que, durante los cuarenta años de democracia lo inspiró, moldeó y atrapó. A la doctrina jurídica le gusta tratar y acercarse a este problema como si se tratara de una crisis del llamado “Estado social” o “Estado bienestar”.¹⁹ Resulta, para muchos, una situación normal que el Estado realice actividades económicas y en particular, que maneje la industria petrolera venezolana. Lo que hace difícil disociar el concepto de Estado social o de Estado de bienestar con la realización de sus actividades económicas, todo va y se ve en un conjunto, anclado ideológicamente en la mentalidad social-demócrata venezolana y, por ello, sacar al Estado de la actividad económica se percibe como una crisis del Estado social.

El problema radica en que el llamado Estado social y el Derecho administrativo que lo hace funcionar, han sido concebidos en Venezuela desde la perspectiva política de la corriente ideológica de la llamada “social-democracia”.²⁰ El concepto de Estado social se identifica inmediatamente como su producto ideológico exclusivo y no puede salir conceptual ni políticamente de ahí. No se concibe en Venezuela otro tipo de Estado social que no sea el Estado “social-demócrata” en términos políticos. El Estado social, la llamada clausula social constitucional, sólo se ven desde el ángulo y con los anteojos de la corriente, doctrina y postulados de la “social-democracia”. Cualquier cambio, cuestionamiento, crítica o modificación del programa político de la social-democracia se grita y se plantea como una violación del Estado social y eso no es así. Un profesor español afirma: “Desde el punto de vista jurídico, pues, lo verdaderamente preocupante, al día de hoy, en la repetida crisis radica más bien en el progresivo dominio de la ideología del mercado, en el sentido de su elevación de instrumento a fin y valor en sí y por sí mismo y de su aplicación con relativa independencia de su positiva determinación constitucional”.²¹

Claro, la manipulación va dirigida a presentar al liberalismo económico y la economía de mercado como contrarios al Estado bienestar y social y por ahí se va todo el discurso antiliberal que conocemos. Afortunadamente, la experiencia de los países europeos, desmienten fehacientemente esta manera de ver las cosas, pues, sin dejar de ser

¹⁹ Parejo Alfonso, Luciano. “Las transformaciones en curso del Estado constitucional”. En: Hernández-Mendible, Víctor y Villegas Moreno, José Luis, *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*. Cereco - Universidad Monteávila - Cidep. Caracas 2018, p. 199.

²⁰ Tanto de la “social-democracia” asociada a la “Internacional Socialista”, como la social-cristiana asociada a la “democracia cristiana alemana”.

²¹ Parejo Alfonso, Luciano. “El Estado social administrativo: Algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”. *Revista de Administración Pública* N° 153, Madrid, Septiembre-diciembre 2000, p. 223.

Estados de bienestar y por tanto Estados sociales, son auténticas economías de mercado y funcionan ampliamente, eficaz y exitosamente como tales. En Europa se ha podido cumplir con el programa de la “economía mixta” donde funciona la lógica del Estado y la lógica de la economía, bajo la mirada rigurosa y protectora de la Unión Europea, pero, en Venezuela, este proyecto adelantado, sobre todo, durante los cuarenta años de democracia que duró la llamada “cuarta república” y la vigencia de la Constitución de 1961, fracasó. Y hay que darse cuenta, que, con aquel Derecho administrativo fundador y acompañante instrumental de la intervención del Estado petrolero, terminó una manera de pensar el Derecho administrativo ideologizado e imbuido en la corriente política de la social-democracia.

La instalación de una futura economía de mercado en Venezuela, en mi opinión, no tiene que producir una crisis del Estado bienestar, sino, que, se cuestiona la postura de un Derecho administrativo ideologizado y entregado al servicio de la hasta ahora dominante corriente política de la social-democracia venezolana, omnipresente en todos los ámbitos de la vida nacional. Además, observamos, que ya se ha adelantado la doctrina administrativa al presentar nuevas perspectivas y se anuncia el “Estado de garantía”, la “transformación de las funciones estatales” y la introducción de un “nuevo fundamento al Derecho administrativo”.²²

No hay dudas que la parte más importante del poder del Estado deriva de su intervención en la economía y más en el caso venezolano, que, al manejar la industria petrolera le genera ingresos propios y lo hace autónomo e independiente de los ciudadanos. No requiere de los impuestos que pagan los ciudadanos para sufragar las cargas públicas, sino que, los ingresos petroleros le permiten separarse e independizarse financieramente de los ciudadanos, controlar a la sociedad y ser el gran repartidor arbitrario de la riqueza nacional.

La instalación de una “economía de mercado” significa terminar con el protectorado del Estado venezolano sobre la economía y el paternalismo estatal²³ organizado alrededor de la intervención económica, es decir, en torno a la presencia misma del Estado como un actor y operador económico de primer orden, el más importante, que utiliza todos los instrumentos diseñados por el Derecho administrativo para cumplir con esa misión. Y utilizando el mismo argumento del Profesor español antes mencionado, podemos decir, “en el sentido de su elevación de instrumento a fin y valor en sí y por sí mismo y de su aplicación con relativa independencia de su positiva determinación constitucional”.

En Venezuela se le asignó al Derecho administrativo darle soporte técnico y jurídico a la función de intervención económica, transformándose en un Derecho de la intervención del Estado más que cualquier otra cosa y pensado fundamentalmente como tal. Realmente de lo que se puede hablar con propiedad es de la crisis del Estado inter-

²² Araujo-Juárez, José. “Aproximación a los fundamentos ideológicos del Derecho administrativo”. En: Hernández-Mendible, Víctor y Villegas Moreno, José Luis. *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*. Cereco - Universidad Monteávila - Cidep, Caracas 2018, p. 84.

²³ Según la expresión del profesor francés Legendre, Pierre. *Trésor historique de L'État en France*. Fayard. Paris 1992, p. 195.

ventor venezolano y no de una crisis del Derecho administrativo como tal ni del Estado social, como se pretende presentar con frecuencia el tema. Por supuesto, las técnicas del Derecho administrativo que acompañan y facilitan jurídicamente la intervención del Estado dejan de tener actualidad y caen en desuso, pero, nuevas técnicas de Derecho administrativo aparecen, como veremos, para ordenar el funcionamiento del mercado. Parece evidente, entonces, que la concepción ideológica del Derecho administrativo como un derecho de la intervención económica del Estado ha entrado en crisis, se ha deslegitimado como explicación del Derecho administrativo, está en desuso y resulta superada. El Derecho administrativo debe dejar de ser un instrumento ideológico para justificar, posicionar, justificar y mantener la intervención económica del Estado, conforme a los postulados ideológicos de la social-democracia venezolana.

Siempre he considerado al Derecho administrativo como una teoría jurídica y no como una doctrina política. Una teoría jurídica que es una representación de la realidad que uno trata de explicar como hace el juez administrativo cuando realiza su trabajo. Pero no considero que el Derecho administrativo sea una doctrina política, es decir, un conjunto de proposiciones consideradas como verdaderas. La doctrina política no busca explicar los fenómenos y la realidad, sino decir como las cosas deben ser.

Lo interesante es observar, como ocurre en la Unión Europea, que la instalación de la economía de mercado requiere de un Derecho administrativo democrático, distinto, desideologizado, que no esté al servicio de una concepción política de la economía y la sociedad y con una motivación y razón de ser diferente. En la medida que la economía de mercado requiere de una flexibilidad y un acomodo a exigencias muy distintas, las reglas del Derecho administrativo como las del Derecho tributario, no pueden transformarse en estorbos, impedimentos, cuellos de botella, rigideces o entabes.²⁴

El Derecho administrativo debe reinventarse en Venezuela en función de unas exigencias conceptuales y técnicas diferentes, sin ataduras ideológicas al concepto social-demócrata del Estado bienestar.²⁵ Pues sus nuevos acomodos y exigencias son de naturaleza muy diferente y con otra intencionalidad. Por ejemplo, la intervención del Estado en la economía siempre estuvo acompañada del principio de la planificación como instrumento de orientación de las decisiones económicas. Esto cambia por completo en una economía de mercado donde es el mismo sistema el que suministra los criterios de orientación en la toma de decisiones. Si el Derecho administrativo ha proporcionado las técnicas necesarias para orientar la actividad económica en el sentido querido por la planificación, pues bien, estas técnicas ya no son las requeridas, pueden constituir un estorbo y muchas veces no resultan apropiadas a las exigencias del mercado. El nuevo Derecho administrativo económico debe identificar las exigencias de la economía de mercado, la libre competencia y la protección del consumidor, para crear y diseñar los nuevos instrumentos que se adecuen a esos nuevos requerimientos. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en Europa con la creación de la Unión Europea, que tiene como

²⁴ El Profesor francés PM Gaudemet solía decir en sus clases que la economía es una “ciencia”, que no puede ser entabada por las técnicas del derecho público, tanto fiscales como administrativas. “Todos los años otorgan un premio Nobel de economía”. Ver en el mismo sentido: Braquet, Laurent y Mourey, David. *Économie. Principes fondamentaux*. Deboeck Supérieur, París 2019, p. 14. (Principes scientifiques de l'économie).

²⁵ En Venezuela se ha impuesto como un dogma un concepto socialista del Estado bienestar y social.

centro del proyecto, la creación y funcionamiento de una vigorosa y competitiva economía de mercado. En Europa el Derecho administrativo no ha desaparecido ni desaparecerá, sino que ha cambiado, mutado y evolucionado en diferentes direcciones. “La existencia de un mercado libre no elimina evidentemente la necesidad de un gobierno”.²⁶

La demonización y denostar de la economía de mercado en Venezuela es algo insólito y muy marcado en la idiosincrasia de las élites y clases dirigentes, que siempre se han conciliado para ejercer su poder y dominación sobre la sociedad venezolana,²⁷ dentro del marco ideológico y político de la social-democracia. No se puede continuar viendo en Venezuela a la economía de mercado con antipatía y sospecha, como lo dijo el presidente socialista francés F. Mitterrand, cuando a los dos años de estar en el poder tuvo que cambiar radicalmente de política económica: “Lo que ha funcionado no era socialista y lo que no ha funcionado era socialista”. La economía de mercado no es algo que el Derecho administrativo tiene que entorpecer, resistir y rechazar sino todo lo contrario, a la vez que sus técnicas deben cambiar de óptica y establecer aquellas más apropiadas a su buen funcionamiento. Al sacar al Estado como un agente esencial de la economía, lo que es fundamentalmente una decisión política, ya no se puede seguir concibiendo al Derecho administrativo como un instrumento ideológico protector del Estado intervencionista, creando alrededor de la actividad pública económica todo tipo de privilegios frente a los particulares. Al no existir la economía pública, ya no se trata de proteger a una parte frente a la otra, sino, hacer que la economía de mercado funcione y funcione bien, porque es el mejor y más eficiente sistema económico.²⁸

Lo que lleva a cuestionar el dogma de asociar la idea del Estado social constitucional con su intervención en la economía y como si la economía de mercado fuese un enemigo del Estado social que le impide cumplir con sus exigencias. Cuando es precisamente lo contrario, al quedar demostrado hasta la saciedad, que el mercado cumple a cabalidad con muchas de las exigencias del Estado social, de una manera diferente, infinitamente superior y más eficiente que la economía socialista y administrativa.²⁹ La protección fundamental del ciudadano “reside en la existencia de una economía de mercado donde ellos puedan ganarse la vida”.³⁰ El Derecho administrativo está pues ante una nueva exigencia. No hay un interés público fundamental que justificar en la protección de la economía pública o administrativa, nada que proteger de esencial en el sector público económico frente al sector privado, sino que, más bien, hay que proteger una economía de mercado que debe funcionar, para que tenga plena eficacia como modelo económico para un lado y para el otro, tanto en el ámbito público como privado. Donde los actores privados y públicos participan o pueden participar conjuntamente como en el caso de la economía europea, o, que se debe dejar la actividad económica fundamentalmente a la sociedad como en el modelo norteamericano y anglosajón. Ya, por cierto,

²⁶ Friedman, Milton. *Capitalisme et liberté*. Champs essais. Flammarion. París 2016, p. 43.

²⁷ Juan Carlos Rey. “La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 74, Madrid octubre-diciembre 1991.

²⁸ Friedman, Milton. *Capitalisme et liberté*. Champs essais. Flammarion. París 2016.

²⁹ Faria, Hugo. *El encarecimiento injusto*. Cedice. Universidad Monteavila. Caracas.

³⁰ *Ibidem*. p. 51.

esto viene ocurriendo en otros sectores donde el Derecho administrativo debe cumplir funciones de ordenación como en la regulación urbana, en la ordenación del territorio, en el Derecho ambiental y en el Derecho tributario. Ahora se trata de su adaptación a las exigencias de la economía de mercado para lo cual, obviamente, se tiene que entender de lo que se trata una economía de mercado.

II. EL MERCADO COORDINADOR DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

“El problema fundamental de la organización social es el de la coordinación de las actividades económicas de un gran número de personas... La coordinación voluntaria de las actividades económicas de millones de personas es la técnica del mercado. Una coordinación sin coerción puede ser en consecuencia producto del intercambio. El modelo de una sociedad organizada gracias al libre intercambio voluntario es la economía libre de mercado y de la empresa privada, es lo que nosotros hemos llamado el capitalismo de competencia”.³¹

El mercado es un modelo económico que responde las preguntas clásicas de toda economía: Qué producir, cómo producir y quién produce. “La economía de mercado es una economía en la cual le sistema de precios, de oferta y de la demanda permite la coordinación de decisiones descentralizadas de producción, consumo, inversión...en función del mecanismo de la mano invisible. La economía planificada es una economía dirigida por una autoridad central (Estado) que se sustituye a la mano invisible del mercado para coordinar las decisiones económicas centralizadas (mano visible). La economía mixta es una combinación de principios de la economía de mercado y de principios de la economía planificada”.³²

La institución del mercado es una organización económica de la sociedad fundada en el libre mercado. Entendida como una economía de mercados, es decir, una “economía donde una parte sustancial de las actividades económicas están organizadas alrededor de instituciones llamadas mercados”.³³ El mercado crea un orden económico y conduce a lo que se conoce como la eficacia económica. El economista norteamericano Milton Friedman denunció “las formas perversas de la intervención del Estado en la economía” y sus seguidores señalan como necesario “una política económica neutra que no perturbe los mercados que se equilibran espontáneamente”.³⁴ El mercado está considerado como el sistema óptimo de intercambios económicos que se produce espontáneamente. La condición fundamental de eficacia de los mecanismos de la oferta y la demanda y, por lo tanto, del mercado, es la libre competencia entre los operadores de los mercados. Por ello, el Derecho de la libre competencia y la política de la competencia tiene por objeto establecer, mantener y reforzar precisamente la libre competencia.

³¹ *Ibidem*. p. 41.

³² Braquet, Laurent y Mourey, David. *Économie Principes fondamentaux*. Deboeck. Lovaina. Bélgica 2019, p. 25.

³³ Guesnerie, Roger. *L'économie de marché*. Poche-Le Pommier. Paris 2013, p. 25.

³⁴ Braquet, Laurent y Mourey, David. *Économie Principes fondamentaux*. Deboeck. Lovaina. Bélgica. 2019. p. 36.

Para impedir las prácticas que alteran y son contrarias a la libre competencia como los monopolios, el abuso de la posición dominante, los acuerdos, etc.

La modificación del modelo económico implica no solo un cambio del Derecho administrativo, sino de muchos otros aspectos como un cambio de las funciones del Estado, de la sociedad y de la relación entre ambas. Por ejemplo, el concepto de Estado social y de bienestar que se ha impuesto ideológicamente incluso por vía de una interpretación sesgada de la Constitución debe repensarse. Ha sido un falso dogma permanente considerar que la acción social del Estado requiere necesariamente contemplar que juegue un principalísimo rol económico. Idea muy expandida y alimentada por una élite empresarial retrógrada que se beneficia y aprovecha de sus conexiones con el poder político y que regresa al “mercantilismo del siglo XVII”.³⁵ Al instalarse el mercado como modelo económico con todo lo que ello conlleva es necesario matizar este punto de vista, porque el mercado va a resolver muchas de las cuestiones y de los problemas sociales que se le cargan al Estado bienestar y que se considera, hasta ahora, que no había otra manera de resolverlos. En este contexto, el Estado pasa a ser realmente “subsidiario” y “garante”. El despliegue del mercado a plenitud tiene una potencialidad muy grande, que más bien requiere que no se le perturbe y se le deje en libertad sin la interferencia del Estado. Porque aquí juega otro elemento de extraordinaria importancia: La sociedad.

III. LA SOCIEDAD Y EL MERCADO

La sociedad es a la economía de mercado lo que el Estado a la intervención económica. El mercado pone toda la responsabilidad en los hombros de la sociedad y mientras menos la comparte con el Estado funciona mejor. Es más, la economía competitiva requiere, exige y obliga a un mínimo de intervención estatal. Así se presenta en las reglas que apuntan al comercio global y las relaciones económicas internacionales. Este es un tema permanente de extraordinario desarrollo en los países pertenecientes a la Unión Europea, que han organizado un mercado común y han transitado hacia una economía de mercado. Estos países han andado este camino desde hace mucho tiempo, con un Derecho administrativo que desde la intervención económica está en mutación hacia un Derecho administrativo del mercado y, ya la materia se ordena en los cursos universitarios como un “Derecho público económico”.³⁶ Para lograr ese objetivo, los países de la Unión han tenido que reformar y modificar muchas cosas, entre ellos, sustituir su modelo de economía administrativa surgida después de la segunda guerra y evolucionar hacia una de mercado ya en pleno funcionamiento. Su gran y meritorio trabajo ha sido saber adaptar su modelo de Estado de Derecho administrativo a las exigencias del mercado.

Pero, hay que resaltar que, para nosotros, como lo anunciamos, hay un factor que juega un rol fundamental: La sociedad. En nuestro caso la unidad nacional se ha configurado alrededor de la sociedad civil, mientras que en Europa y en muchos países de Hispanoamérica la unidad nacional se ha configurado alrededor del Estado. Claro con tensiones como en el caso español fuertemente presionado por los nacionalismos. Pero, en el caso venezolano aparece con nitidez como la unidad nacional gira alrededor de la

³⁵ Friedman, Milton. *Capitalisme et liberté*. Champs essais. Flammarion. Paris 2016. p. 31.

³⁶ Braconnier, Stéphane. *Droit public de la économie*. Themis droit. Puf. Paris 2017.

nación y la sociedad venezolana y no del Estado, que, para el caso y para el momento de este escrito no existe y desapareció.³⁷ Eso significa que la sociedad venezolana es más vigorosa que el Estado y tiene la continuidad histórica que el Estado perdió cuando se disolvió en el caos. “No hay norma aplicable a un caos”.³⁸ Y, que, a la hora de refundar y reconstruir el Estado venezolano este aspecto será tomado muy en cuenta.

La experiencia histórica hace que la situación venezolana se diferencie radicalmente de la de los países europeos, que han logrado mantener una intervención y presencia operativa del Estado compatible con las exigencias del mercado. Una economía mixta sin sobresaltos. Pero, en Venezuela el poderoso Estado intervencionista y petrolero se constituyó en el trofeo fundamental de la lucha política, para dar entrada a la instalación de una dictadura militar y luego en la causa misma de la desaparición del Estado, entonces, se comprende, que el modelo europeo por el que transitó Venezuela durante los cuarenta años que duró la democracia es inviable en el futuro. En Venezuela, por tanto, la economía de mercado se debe construir desde la sociedad civil y con los ciudadanos, pero sin el Estado como operador empresarial. Hemos vivido las desgraciadas consecuencias de tener un Estado poderoso y no se puede repetir esa trágica experiencia. El grado de intervención del Estado en la economía debe ser mínima, vista nuestra experiencia política reciente y los desaforados y devastadores apetitos de poder político y económico que su control despierta y estimula.

Con esta perspectiva, la economía de mercado calza y conviene a la situación venezolana y al rol protagónico que la sociedad tiene en este momento de nuestra historia. Significa que la sociedad, vía la economía de mercado, se hace cargo de las responsabilidades fundamentales del desarrollo económico, que, como sabemos, conlleva también posesionarse de un conjunto de obligaciones que antes reposaban en el Estado. El papel de la sociedad en una economía de mercado no se reduce pues a asumir responsabilidades exclusivamente económicas, sino, también, tomar para sí un sin número de exigencias y tareas que se le encargan al llamado Estado social. Además, el Estado venezolano al no existir hoy en día, ya la sociedad ha asumido muchas de las responsabilidades del Estado social constitucional.

Porque el centro y la idea propulsora de todo el proceso de instalación de una economía de mercado es la libertad y mientras más libertad mejor funciona el mercado y más responsabilidades asume la sociedad. La libertad que proporciona el mercado es impulsora de las libertades políticas, de responsabilidades sociales y todo se envuelve en un dinamismo de libertad extraordinario. La sociedad de mercado es una sociedad libre y en esa dirección se debe dirigir la sociedad venezolana. Por lo tanto, el Derecho administrativo pasa a tener una relación muy estrecha con la sociedad, con un nuevo Estado que va a funcionar de una manera muy diferente a como ha sido hasta ahora y va a requerir de un nuevo Derecho administrativo adaptado y compatible con las nuevas realidades.

³⁷ Mejía Betancourt, José Amando. “El Estado fallido en Venezuela”. Publicado en la *Revista Tachirense de Derecho* (electrónica). Número: 5/2019 Edición Digital. 30/2019 Edición Ordinaria. UCAT. San Cristóbal 2019, Estado Táchira. www.ucat.edu.ve

³⁸ García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas 2005, p. 162.

El Derecho administrativo sigue siendo un derecho del funcionamiento del Estado y de su relación con el administrado, pero, de otra manera. En la medida que el ciudadano en el mercado se administra a sí mismo y el Estado no sume el rol paternalista y de intervención de antes. La doctrina señala permanentemente los desafíos que esta realidad plantea al Derecho administrativo.³⁹ Más que un esfuerzo de compatibilidad con el mercado, para el Derecho administrativo se trata de una adaptación a la realidad y de equilibrio, que cumple gracias a su desarrollo fundamentalmente jurisprudencial que le permite esa flexibilidad de adaptación. El Derecho administrativo no es como un bloque inmutable de principios que buscan una compatibilidad con la nueva realidad del mercado, sino, que, busca interpretar la nueva realidad del mercado y adaptarse. Tampoco se trata de que el mercado se imponga al Derecho administrativo y lo que parece ser lo indicado y razonable es crear las condiciones para permitir y favorecer una adaptación mutua. Si el mercado es un desafío extraordinario para la sociedad entonces el Derecho administrativo también lo asume, lo comprende y se adapta para lo mejor.

El mercado constituye pues un reto para el Estado que lo obliga a su reconfiguración y también al Derecho administrativo que lo soporta jurídicamente. Esa metamorfosis del Estado venezolano repercute obviamente en el Derecho administrativo y lo obliga a su acomodo a la nueva realidad. El Derecho administrativo no debe ver al mercado como un atentado contra el Estado, eso es un argumento político o ideológico cargado de demagogia y populismo y no es jurídico, por lo tanto, el mercado no constituye un contendor que hay que acabar. Sino que, la evolución de la sociedad venezolana exige una nueva forma de ver las cosas, de organizarse económicamente y de desarrollarse a través del mercado, de lo cual, surge una exigencia de cambio y adaptación. Una vez que la lucha política por la instalación de una economía de mercado haya concluido y en Venezuela resurja el Estado, la libertad y la democracia, entonces, el protagonismo del Derecho administrativo será evidente, pero no en una actitud de reacción, defensa y huida, sino de manera creativa, novedosa y funcional.

IV. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS REGULADORAS

La Administración es un concepto que material o funcionalmente significa una actividad y, que, formal u orgánicamente significa la institución que ejerce esa actividad. Aquí nos referimos al aspecto orgánico, en el sentido de autoridad que puede ejercer el poder administrativo. Con ocasión del establecimiento de una economía de mercado han surgido las autoridades administrativas reguladoras, llamadas por la doctrina francesa del Derecho administrativo, “autoridades administrativas o públicas independientes”. Aparecen cuando “las técnicas tradicionales de administración del Estado no permiten resolver ciertas cuestiones. Diversas funciones deben ser aseguradas por organismos independientes del poder político-administrativo, a fin de garantizar una mayor imparcialidad de la acción pública, otorgarle una capacidad de reacción más rápida y asociar profesionales y personalidades salidas de la sociedad civil. Se inspiran en un organismo muy popular en Estados Unidos”.⁴⁰

³⁹ Truchet, Didier. *Le Droit Public*. Puf. Que sais-je ? París 2014, p. 102.

⁴⁰ Jacques Petit - Pierre-Laurent Frier. *Droit Administratif*. Précis Domat. LGDJ. París 2020, p. 164.

No hay una uniformidad de vocabulario, diversas denominaciones son utilizadas, pero lo que destaca es la idea de una autoridad independiente del poder político y autónomas, aun formando parte de la Administración pública. Lo fundamental es que reciben por ley y se benefician de garantías de independencia “del gobierno que no tiene ningún poder jerárquico sobre ellas”.⁴¹ No les puede dar órdenes ni controlar sus actos, lo que hace que la independencia sea tanto una obligación como una protección. La independencia funcional se logra por las garantías de las que se benefician sus miembros; su mandato no es revocable y tiene una duración fija que les da inamovilidad. En contrapartida los funcionarios están sometidos a reglas estrictas de deontología: secreto profesional, prevención de conflictos de interés, incompatibilidades con otras funciones y respetar sus deberes de imparcialidad, neutralidad, integridad, probidad y dignidad.

Las autoridades administrativas o públicas independientes “se han desarrollado y multiplicado en vinculación, particularmente, con el fenómeno de desreglamentación en el campo de la regulación de la economía. Los monopolios estatales que han desaparecido, debido a la apertura a la competencia de servicios públicos de redes, necesitan que una autoridad neutra garantice el respeto por los operadores autorizados a intervenir de sus obligaciones legales, así como, del funcionamiento libre y transparente del sector en causa. Esta regulación no recurre a los solos instrumentos jurídicos obligatorios (reglamentación y sanciones) sino que pasa por técnicas más flexibles para conformar y armonizar el mercado y que resultan de la negociación, del poder de influencia y de la incitación”,⁴² así como, de las recomendaciones o proposiciones que ellas formulan.

Tienen por objeto, “sustraer sectores sensibles de la administración a la influencia política de los poderes públicos, asociar a los agentes de la Administración a los representantes de los intereses involucrados y a personas calificadas”.⁴³ El Derecho administrativo continúa de esta manera su evolución. “Las autoridades de regulación disponen, hoy en día, de una plenitud de prerrogativas que les permiten reglamentar, decidir, controlar, obligar y sancionar”.⁴⁴ “Los reguladores económicos que conforman una de las modalidades de intervención del Estado en la economía, no tienen por misión esencial exclusiva construir equilibrios y prevenir riesgos. Sus misiones van mucho más allá, en todos los campos que cubren. Ellos deben garantizar un funcionamiento transparente y no discriminatorio de los mercados, clave de la competencia eficiente. En esta óptica ellos tienen por misión, no solamente de prevenir los fallos del mercado (ex-ante), sino igualmente de sancionarlos y de corregirlos (ex-post)”.⁴⁵ Las autoridades regulatorias, tienen sus actividades y campo de acción establecido en la norma legal. Tiene sus medios jurídicos de actuación y han desarrollado una nueva modalidad que se conoce como los instrumentos del “derecho flexible” que veremos más adelante. Actúan mediante recomendaciones, opiniones, autorizaciones, sanciones y pueden ser competentes para resolver determinados conflictos. Principalmente toman decisiones individuales, pero, pueden estar habilitados legalmente para dictar actos reglamentarios. Poco a poco, ellas,

⁴¹ Truchet, Didier. *Le Droit administratif*. Thémis droit. Puf. Paris 2019, p. 95.

⁴² Jacques Petit - Pierre-Laurent Frier. “*Droit Administratif*”. Précis Domat. LGDJ. Paris 2020, p. 166.

⁴³ Truchet, Didier. *Le Droit administratif*. Thémis droit. Puf. Paris 2019, p. 97

⁴⁴ Stéphane Braconnier. “*Droit public de l'économie*”. Thémis. Puf. Paris. 2017. p. 113.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 113.

como en el mundo anglosajón, ejercen una función próxima pero diferente de la función ejecutiva tradicional y orientada hacia la regulación de los mercados. “El desarrollo de las autoridades de regulación significa la necesidad y la voluntad de modificar la organización y las funciones clásicas de la administración para hacer una estructura a la vez más reactiva, más eficaz y especializada”.⁴⁶

V. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN

Si el Derecho administrativo es un derecho del funcionamiento del Estado,⁴⁷ entonces, los cambios que sobrevengan al Estado van a repercutir en él. Esto no es nuevo, el proceso de instalación de una economía de mercado en los países de Derecho administrativo de Europa constituye un antecedente. Un país de Derecho administrativo como Francia es una economía de mercado y ha tenido que realizar continuamente adaptaciones a esa nueva realidad económica que van en diferentes sentidos, prácticamente en todas las categorías del Derecho administrativo: las nociones de empresa pública, función pública, dominio público, servicio público, contrato público y, al desplazamiento de las fronteras entre las categorías orgánicas y a un cuestionamiento, “remise en cause”, de las categorías orgánicas. La influencia del mercado repercute en todas las áreas del Derecho administrativo: en las colectividades territoriales, el impacto sobre las empresas públicas, sobre el régimen de decisiones administrativas, sobre las informaciones públicas y sobre el régimen de los contratos administrativos, los servicios públicos, la policía y el contencioso administrativo, la responsabilidad administrativa y la función pública.⁴⁸

El Derecho administrativo venezolano debe enfocarse, en esta nueva etapa de su desarrollo histórico, en el ámbito de la economía. Como dice la doctrina, alrededor de un “Derecho administrativo general” que comprende su evolución, sus actores, sus reglas, los actos de la administración, sus actividades (misiones) y su responsabilidad, gravitan los “Derechos administrativos especiales” y, asistimos, a “una multiplicación de estos derechos especiales, generalmente compartidos entre el Derecho público y el Derecho privado: derechos del medio ambiente, de la economía, de la salud... El Derecho administrativo gana en precisión y en adaptación a la realidad, lo que pierde en unidad y simplicidad, lo que no han sido, en verdad, jamás sus cualidades dominantes”.⁴⁹

Si el Derecho constitucional aparece como un derecho alejado del ciudadano, el Derecho administrativo es más bien un derecho de proximidad, que organiza cotidianamente las actividades y el funcionamiento del Estado y con el cual el ciudadano tiene permanentes contactos. Si la famosa decisión “Arrêt Blanco”, dictada por el Tribunal de Conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873, estableció el principio de la inaplicación del Derecho privado a las relaciones administrativas y hace que el carácter impositivo y obligatorio sean una de las características del Derecho administrativo, hoy, ante el nuevo reto del mercado, tiende a la búsqueda de un equilibrio, por no decir, a una situación

⁴⁶ Braconnier, Stéphane. *Droit public de l'économie*. Thémis. Puf. París 2017. p. 125.

⁴⁷ Truchet, Didier. “*Le Droit Public*”. Puf. Que sais-je ? París. 2014. p. 97.

⁴⁸ Auby, Jean-Bernard, Dutheil de la Rochere, Jacqueline. *Traité de droit administratif euroéen*. Belgique. 2^{eme} édition. Bruylant. Bruxelles 2014, p. 1057. (Partie VI. Incidences du Droit de l'Union dans les Droits administratifs nationaux. Analyse dans le cas français).

⁴⁹ Truchet, Didier. *Le Droit Public*. Puf. Que sais-je ? París 2014. p. 100.

de relación jurídica con derechos y obligaciones para la administración y el administrado, como ha ocurrido con la evolución del Derecho tributario venezolano que constituye una orientación y una anticipación de los cambios a producirse.⁵⁰ La preocupación de un equilibrio entre el interés general de que funcione el mercado y los intereses de los particulares que participan en él, aparece como la cuestión más importante, pues al cesar la intervención del Estado y quedar instalado el mercado, la función del Derecho administrativo económico es diferente a como ha sido hasta ahora.

Ya la Administración no necesita de poderes exorbitantes, el mercado se mueve por su propio impulso y dinamismo. Ya no tiene operadores ni actores que representen el interés general dentro del mercado y, aunque los tuviera, deben someterse a las reglas generales de la libre competencia. Además, durante la democracia, los derechos de los administrados no cesaron de progresar frente a las prerrogativas del poder público.⁵¹

La doctrina francesa reconoce casi unánimemente que el tiempo de las grandes construcciones del Derecho administrativo, sobre todo jurisprudenciales, quedó en el pasado. Con la introducción del mercado el Derecho administrativo económico adquiere una dimensión legislativa importante y fundamental, ya que, su papel es preservar el funcionamiento de la libre competencia y las reglas que hacen funcionar el mercado además de proteger a los consumidores. Se comporta como un Derecho que controla las relaciones entre los particulares y donde las personas públicas no están llamadas a formar parte de esa relación y si lo hacen se someten estrictamente a las reglas que se aplican a los operadores privados. Es un Derecho que se orienta hacia las consecuencias concretas del funcionamiento del mercado.

Bajo el régimen de intervención económica el Derecho administrativo regula la organización de los servicios del Estado⁵², sus relaciones internas y las que establecen con las personas privadas. Con la circunstancia que, a diferencia del principio formulado por la “Decisión Blanco”, muchas de las actividades de las personas públicas son reguladas por el Derecho privado y aquellas de las personas privadas también, en muchas ocasiones, son reguladas por el Derecho administrativo. Por ello, si el Derecho administrativo ha tenido un desarrollo jurisprudencial básico y ha carecido en muchas ocasiones del soporte lineal de un Código o de una Ley, eso ha cambiado y va a seguir modificándose con el advenimiento de la economía de mercado. Otro aspecto muy importante es el papel del contencioso administrativo en el juego de la economía de mercado.

El mercado significa un cambio en los perímetros del Derecho administrativo. Si durante los periodos de fuerte intervención del Estado el Derecho administrativo se extiende en detrimento del Derecho privado, a la inversa, con la instalación de una economía de mercado el Derecho administrativo conoce un reflujo. Con la ley del mercado caracterizado por la libre competencia, muchos de los procedimientos de Derecho administrativo son sustituidos por procedimientos de Derecho privado. “La liberalización

⁵⁰ Mejía Betancourt, José Amando. “La teoría de la obligación tributaria en el Derecho Público venezolano”. En: *30 años Codificación del Derecho Tributario en Venezuela*. T. I *Derecho Tributario Sustantivo*. “Memorias de las XI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario”. AVDT. Caracas 2012, p. 367.

⁵¹ Rachadell, Manuel. *Evolución del Estado Venezolano 1958 - 2015: de la conciliación de intereses al populismo autoritario*. EJV - Funeda, Caracas 2015.

⁵² En el entendido que se trata del Estado y de las otras personas morales de Derecho público.

económica, el fin de numerosos monopolios estatales, las privatizaciones y las desreglamentaciones han modificado el papel del Estado más que reducirlo: él es menos “operador” y más “regulador”.⁵³

Se puede entender que el Derecho administrativo sufre y asimila los cambios que se producen de la visión del papel que juega el Estado en la economía y la sociedad. Como hemos dicho, el Derecho administrativo es un derecho del funcionamiento del Estado y está unido a los cambios y nuevas circunstancias en que se vea envuelto el propio Estado. Lo que lleva a una reconsideración de los privilegios del Estado en materia económica, que como “sujeto de derecho particular dispone de privilegios e inmunidades que no tienen los otros sujetos de derecho”.⁵⁴ El Derecho administrativo necesariamente se tiene que mover al cambiar el rol del Estado en la economía. Las reglas de la economía de mercado, de la libre competencia y de protección al consumidor lo modifican. “Ellas se aplican a las personas públicas cuando ellas se procuran los bienes y servicios en el mercado (lo que se llama los “pedidos” públicos), cuando ellas los ofrecen (como “operadores”) y, también, cuando ellos reglamentan el mercado (como “reguladores”). Además, el principio de separación entre los operadores y los reguladores (venido de la Unión Europea) impone una redistribución de competencias y de poderes en el seno de la Administración, en beneficio de las autoridades de regulación independientes del gobierno”.⁵⁵

1. *La adaptación del servicio público a las reglas del mercado*

“El servicio público es el objeto políticamente más sensible del Derecho administrativo”⁵⁶, el simboliza el modelo democrático del Estado social venezolano. Pero, con la instalación de una economía de mercado no puede continuar el mismo modelo de intervención económica del Estado. Sus elementos permanentes son que el persigue el interés general, suministra prestaciones y es operado por personas públicas. Con la intervención económica del Estado apareció el servicio público industrial y comercial como instrumento privilegiado, cuyo funcionamiento era sometido en buena parte al Derecho privado. Luego de un periodo de incertidumbre que la doctrina denomina la “crisis del servicio público” como noción dominante del Derecho administrativo, aparece de nuevo en Europa, “espectacularmente”, con la economía de mercado metamorfoseado por el Derecho europeo. La irrupción de la competencia en el mundo del servicio público que una parte de la doctrina califica de “huida del Derecho administrativo”, resulta más bien una huida hacia adelante. Por una parte, el Derecho comunitario europeo toma en consideración la dimensión social que siempre ha tenido el servicio público aun cuando se hace presente y actúa en el campo económico, y, por otra parte, la normativa comunitaria abre a la competencia numerosos servicios públicos particularmente los servicios de redes, como las telecomunicaciones, gas, electricidad, transporte ferroviario, etc., que normalmente eran considerados monopolios.

⁵³ Didier Truchet. *Le Droit Public*. Puf. Que sais-je ? París 2014. p. 38.

⁵⁴ Didier Truchet. *Le Droit Public*. Puf. París. 2014. p. 39. Didier Truchet. “*Le Droit Public*”. Puf. Que sais-je? París 2014. p. 39.

⁵⁵ Didier Truchet. *Le Droit Public*. Puf. París. 2014. p. 103. Didier Truchet. “*Le Droit Public*”. Puf. Que sais-je? París 2014. p. 103.

⁵⁶ Didier Truchet. *Le Droit administratif*. Thémis droit. Puf. París 2019. p. 362.

La Unión Europea reconoce la especificidad de los servicios públicos y ha desarrollado un “compromiso” entre los valores que representa el servicio público sobre todos sociales y la libre competencia, al adoptar el concepto de “servicios de interés económico general”.⁵⁷ La Unión Europea ha establecido un conjunto de exigencias a este tipo de servicios con una visión de subsidiaridad y un enfoque sectorial, al cual las legislaciones nacionales se han ido adaptando. De las exigencias europeas ha surgido un nuevo vocabulario,⁵⁸ que traduce el principio fundamental del Derecho europeo basado en la “convicción que la libre competencia en un mercado es siempre más eficaz económicamente y como consecuencia la más justa socialmente”.⁵⁹ Así, el Derecho europeo establece la noción de “servicio de interés general”, que cubre las otras de: “servicio de interés económico general” que corresponde a la noción de empresa en el Derecho de la Unión; “servicio no económico de interés general” ubicado fuera del campo económico y de la competencia, como los servicios públicos sociales; “servicio social de interés general”, como la seguridad social, que puede ser según el caso, un servicio de interés económico general o un servicio no económico de interés general; el “servicio universal”, que son prestaciones esenciales que deben ser suministradas a todos con un precio accesible por el operador del servicio, como en los servicios de telecomunicaciones y de la electricidad. Y, donde “el Derecho de la Unión realiza un compromiso inteligente entre los valores del servicio público y la existencia de un mercado”.⁶⁰ Y, el “servicio público”, en el ámbito del transporte público de pasajeros. Esto ha producido para el Derecho administrativo francés una convergencia muy fuerte con el Derecho de la Unión Europea.

En el Derecho administrativo francés se suele distinguir entre los servicios públicos administrativos y los servicios públicos industriales y comerciales. Se pueden diferenciar porque “los servicios administrativos se parecen por su organización y funcionamiento a las administraciones y son financiados principalmente por el impuesto. Mientras que los servicios industriales y comerciales se parecen a las empresas, funcionan como industrias ordinarias y son financiados principalmente por los usuarios”.⁶¹ Claro, el objeto del servicio tiene mucha importancia y el modo de financiamiento es un índice más que un criterio. Pero, el funcionamiento del servicio público administrativo es en principio regulado por el Derecho administrativo, en tanto que, el funcionamiento del servicio público industrial y comercial es regido en principio por el Derecho privado.

Hay un conjunto de principios comunes de funcionamiento, conocidos como las “leyes de Louis Rolland” que los enunció: El principio de la “continuidad” del servicio público; el principio de la “igualdad” para tratar a los usuarios y favorecer el acceso de todos a los servicios públicos; el principio de la “neutralidad” que prohíbe la interferencia de motivaciones políticas, filosóficas o religiosas en su funcionamiento. Modernamente se añaden otros principios, como el de “adaptación” continua de los servicios públicos a la evolución de las necesidades variables de los usuarios y, conforme a la

⁵⁷ Tratado de Amsterdam de 2/8/1997.

⁵⁸ *Didier Truchet*. “Le Droit administratif”. *Thémis droit*. Puf. París. 2019. p. 368.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 369.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 370.

⁶¹ *Ibidem*. p. 385.

preocupación del “buen gobierno”, se aceptan los principios de “calidad”, de “transparencia” y de “participación”. Pero, también, se descarta la existencia de un principio de “gratuidad” de los servicios públicos como normalmente se cree debe ser.

Ahora, el Derecho administrativo en la Europa continental se ha preocupado por el principio de la libre competencia dentro del marco de la economía de mercado y, en el caso del Derecho administrativo francés, uno de los aspectos más importantes de su evolución ha sido la adaptación y sumisión de los servicios públicos al Derecho de la competencia. “Es uno de los puntos sobre los cuales la antigua concepción francesa del servicio público ha evolucionado más: podemos hablar aquí de revolución”.⁶²

Por exigencia de las reglas del Derecho europeo no todos los servicios públicos en Francia están sometidos a las reglas de la competencia: los que su explotación no es considerada una “empresa”. Según la jurisprudencia reiterada de la Corte de Justicia de la UE, una “empresa” es una entidad que ejerce una actividad económica ofreciendo bienes y servicios en un mercado y que según el vocabulario y la terminología europea se denominan “servicios económicos de interés general”. Pero pocos servicios escapan de las reglas de la competencia. Por lo tanto, cuando un servicio es una “empresa”, en el sentido indicado, el derecho de la competencia se aplica a su funcionamiento. Ahora, no hay dudas, que luego de estar el Derecho administrativo francés acostumbrado al intervencionismo económico y utilizando el servicio público como un instrumento privilegiado para ello, cuando llegó el liberalismo económico y las privatizaciones de las empresas públicas “el aspecto más traumático para Francia ha sido la irrupción de la competencia en el mundo de los servicios públicos”.⁶³ Por otra parte, la organización y funcionamiento de los servicios públicos deben respetar las reglas de protección de los consumidores.

El funcionamiento de los servicios públicos y el Derecho de la competencia exige, como ocurre con las empresas privadas, que las personas públicas deben, siguiendo el principio general de este Derecho, “abstenerse de prácticas que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado”, como las ententes, el abuso de una posición dominante, la explotación abusiva de un estado de dependencia económica, etc. Lo que nos indica, cuestión interesante, que las reglas de la competencia no son ni de Derecho privado ni de Derecho público, sino comunes a los dos Derechos, como antes hemos mencionado.

2. *La regulación económica como una nueva función del Estado*

La doctrina francesa de Derecho administrativo ya considera que la actividad de “regulación” constituye una nueva “misión” o función administrativa, a lado del servicio público y de la actividad de policía o de mantenimiento del orden público. La instalación del mercado y la aplicación consecuente del Derecho de la libre competencia ha hecho surgir esta nueva actividad administrativa de “regulación”.⁶⁴ No se puede ubicar dentro de los servicios públicos, ni dentro de la actividad de “policía administrativa”, ni como una mezcla entre ambas, ya que, presenta particularidades muy consolidadas que la hacen diferenciarse e individualizarse como una actividad o “misión” específica.

⁶² *Ibidem.* p. 395.

⁶³ *Ibidem.* p. 366.

⁶⁴ *Ibidem.* p. 405.

La “regulación” se considera normalmente como aquella actividad administrativa destinada a organizar, hacer funcionar óptimamente, orientar y controlar un “mercado”. No solamente obliga a que se respeten las reglas por los operadores, sino que busca la eficacia y lealtad de la competencia en los mercados y la protección de los consumidores. No es una noción perfectamente homogénea, a los efectos del Derecho administrativo se relaciona directamente con las actividades económicas abiertas a la competencia, después de haber sido por mucho tiempo servicios públicos explotados como monopolios por las empresas públicas. Particularmente en los llamados servicios de redes: recursos hertzianos, cables de comunicación electrónicos, vías férreas, líneas eléctricas, gasoductos, oleoductos, etc. La mayoría de las veces, sobre bienes construidos bajo el régimen del dominio público y donde el uso es compartido por diferentes operadores.⁶⁵

También, el término “regulación” abarca y designa la administración de actividades económicas en régimen de competencia, que nunca han sido servicios públicos o que no utilizan bienes vinculados a las redes. De manera que la “regulación” apunta y concierne todos los “mercados” y no solo una actividad económica particular. Teniendo por objetivo organizar la libre competencia en el conjunto de la economía. De manera que la “regulación” es “horizontal” porque se aplica a todas las actividades económicas de conformidad con las reglas y el Derecho a la libre competencia y, “vertical” o “sectorial” cuando se aplica a un mercado en particular.

La “regulación” como una nueva actividad de la Administración sometida al Derecho administrativo, ha provocado la aparición de una nueva forma de organización y estructura administrativa, como hemos visto y que la doctrina denomina “autoridades administrativas independientes”. Encargadas del buen funcionamiento del mercado, disponen de un estatus de independencia y tienen poderes de decisión y capacidad de influenciar sobre el mercado para garantizar la libre competencia.

La “regulación” como actividad administrativa está sometida a dos principios propios. El primero, se conoce como el “principio de la separación de los reguladores y de los operadores”, que significa una separación entre las funciones ejercidas sobre un mercado. De manera que las autoridades que administran un mercado deben ser distintas de los operadores que actúan en el mercado. Es por tanto necesario que las autoridades de regulación sean independientes de los operadores. El segundo principio es la obligación que tienen los operadores de hacer una “separación contable” y de llevar una contabilidad propia por cada una de sus actividades. Todo con la intención de garantizar el carácter objetivo y transparente de la regulación y las relaciones entre los operadores. Los Métodos de la regulación son variados como veremos inmediatamente.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO FLEXIBLE

Estudiar el Derecho administrativo significa entender quién actúa (los órganos), porqué actúa (la finalidad, la actividad, la misión) y cómo actúa (los medios de los que dispone). Ya hemos visto como en la organización administrativa se han realizado importantes innovaciones y se han creado “autoridades administrativas independientes”, para atender específicamente el buen funcionamiento del mercado. También el Derecho administrativo ha creado la nueva función administrativa de “regulación”, con el fin

⁶⁵ *Ibidem.* p. 406.

específico de garantizar el buen funcionamiento del mercado, al lado de las tradicionales actividades de servicio público y de policía administrativa (actividad de coacción y orden público). Ahora vamos a ver como el Derecho administrativo se ha dotado un nuevo medio jurídico, distinto de los tradicionales (actos administrativos unilaterales y contratos administrativos), el “Derecho flexible”, que le permita actuar para preservar el buen funcionamiento del mercado.

Ciertos métodos son clásicos como la reglamentación, otros lo son en apariencia como las autorizaciones y sanciones y hay los que son originales como las orientaciones y el control. La “reglamentación” en aplicación de la legislación es el más importante. También se utilizan otros instrumentos como las “directrices” y las “recomendaciones”, que pueden tener a veces un carácter reglamentario. Las “autorizaciones”, es típico de las regulaciones sectoriales, que comporta generalmente el permiso de acceso al mercado a los operadores que cumplen con las condiciones y asumen los compromisos establecidos. Cuando el acceso al mercado no tiene limitaciones en la cantidad de los operadores, la “autorización” se otorga con las garantías exigidas sin necesidad de hacer escogencia entre varios candidatos. La situación es diferente cuando el acceso al mercado es limitado, por las limitaciones propias del recurso físico que deben compartir los operadores como el caso de las redes. Situación en el que se procede a una selección entre los operadores en función de criterios establecidos en la reglamentación. Las “sanciones” que se infligen a los operadores que de alguna manera afectan el buen funcionamiento del mercado.

Y, otro conjunto de métodos que conforman el llamado “derecho flexible” como las “recomendaciones” y las “directrices” o “opiniones”, que constituyen típicos métodos de regulación. A lo cual hay que añadir “otros procedimientos”, que son la mayoría de las veces negociados con los operadores, sobre todo de orden sectorial. Y, los procedimientos de “arreglo de conflictos”, “mediación” y “arbitraje”, entre operadores, que constituye una actividad típica de las autoridades de regulación en determinados sectores.⁶⁶

La Administración manifiesta su voluntad mediante los actos administrativos unilaterales y los contratos administrativos, pero, ahora, para poder atender las exigencias de garantizar el buen funcionamiento del mercado se ha dotado de un nuevo instrumento que la doctrina designa como el “Derecho flexible”, expresión del “soft law” (en oposición al Derecho duro clásico) o “medidas de orientación”. “Ellas entienden no imponer sino orientar el comportamiento que seguirá la Administración o que ella incite al público al cual se dirigen a adoptarlas. Algunas emanan de la sola voluntad de la Administración y otras son objeto de concertación y acuerdos con las personas a quienes concierne”.⁶⁷ Estas medidas de orientación que conforman el nuevo “Derecho flexible administrativo” se han impuesto por la influencia de la llamada escuela del “new public management” y de los métodos internacionales de regulación. Las “autoridades administrativas independientes” usualmente no adoptan reglas precisas y detalladas que los operadores del mercado deben respetar, sino que, mediante diversos procedimientos, como la concertación, la ayuda, la planificación, recomendaciones, directrices, incita-

⁶⁶ *Ibidem.* p. 412.

⁶⁷ *Ibidem.* p. 315.

ciones, etc., señalan las opciones, posibles escogencias y los objetivos hacia los cuales debe dirigirse la acción de los operadores. Se puede decir que estos procedimientos constituyen una expansión y una moldura del poder discrecional de la Administración.

Este nuevo “Derecho administrativo flexible” resulta perturbador para los especialistas del Derecho administrativo, acostumbrados a una lógica de mandar, ordenar e imponer, que, a una lógica de resultados exitosos y competitivos. Algunos los llaman “Derecho débil” y el Consejo de Estado Francés los ha denominado un “Derecho fluido, un Derecho en estado gaseoso”.⁶⁸ Que luego ha evolucionado en su apreciación y desarrolla un control adaptado a sus especificidades: “estos instrumentos tienen por objeto modificar el comportamiento de sus destinatarios y suscitan en la medida de lo posible su adhesión; no crean por ellos mismos derechos u obligaciones; presentan por su contenido y por su modo de elaboración un grado de formalización y estructuración, que los hace aparentar y tener el aspecto de la reglas jurídicas”.⁶⁹ Por ello, la doctrina se plantea la cuestión si el “Derecho administrativo flexible”, constituye una categoría nueva y distinta de los actos unilaterales y de los contratos, o, que, si, en el seno de estas dos categorías tradicionales encontramos que hay “derecho flexible” y “derecho duro”.

El “Derecho administrativo flexible” es en relación con su naturaleza jurídica una expresión de la “doctrina administrativa”. Que permite a la Administración mantener la coherencia de la acción administrativa en el tiempo y en el espacio y, para dar a conocer a público los modos de aplicación que hace de la normativa, tal y como está establecido corrientemente en nuestro Derecho tributario. Los instrumentos más usuales del “Derecho administrativo flexible” francés, son, por ejemplo, “las circulares” y “las instrucciones”, que son el modo tradicional de expresión de la doctrina administrativa; “las líneas directivas”, que constituyen una guía para el ejercicio del poder discrecional, sobre todo en la atribución de beneficios a los administrados; “las recomendaciones”, que no se imponen pero que sugieren un comportamiento; “los documentos de referencia”, que fijan normas de comportamiento para ciertas actividades o profesiones, normalmente muy heterogéneos y de gran tecnicismo; “los documentos previsionales”, normalmente concertados, que expresan las orientaciones que va a seguir la Administración en el tiempo y en el espacio, para dirigir una política pública particular (muy frecuentes en nuestro Derecho tributario para el otorgamiento de exenciones y exoneraciones). Finalmente, hay las “convenciones de derecho flexible”, que son un intercambio de intenciones, para ser ejecutadas de buena fe, hechas entre personas públicas para definir sus objetivos o con empresas públicas o privadas.

El alcance jurídico de estos instrumentos ha sido reconocido por la jurisprudencia en Francia: “adoptados por las autoridades de regulación en el ejercicio de las misiones de las cuales son investidas, pueden ser objeto de una pretensión ante el juez administrativo cuando revisten el carácter de disposiciones generales e imperativas o cuando señalan prescripciones individuales que las autoridades pueden censurar su desconocimiento” y “cuando producen efectos notables, particularmente de naturaleza económica, o tienen por objeto influir de manera significativa sobre el comportamiento de las

⁶⁸ En su informe público de 1991 sobre la seguridad jurídica.

⁶⁹ Conseil d’Etat. *Le Droit souple*, Etude annuelle 2013, Doc. Fr. 2013. Didier Truchet. *Le Droit administratif*. Thémis droit. Puf. París 2019, p. 316.

personas a las cuales van dirigidas”.⁷⁰ Sin embargo, la doctrina de Derecho administrativo sigue su discusión para encontrar un estatus jurídico a los instrumentos de “Derecho administrativo flexible”, para impedir el riesgo de que se creen “sistemas normativos extrajurídicos”, surgidos de la práctica y alejados de las reglas dictadas por las autoridades competentes. “Los actores sobre el terreno pueden acostumbrarse a seguir normas progresivamente secretadas por ellos y que no han sido establecidas por la autoridad”. Son normas muchas veces orales y que son una “reacción de protección contra un derecho que se percibe como inaplicable y complejo, inestable o lejos de la realidad”.⁷¹

El nuevo medio jurídico surgido de la nueva función de regulación que constituye el “Derecho administrativo flexible”, constituye con las nuevas autoridades administrativas regulatorias, un importante desarrollo del nuevo Derecho administrativo adaptado a la economía de mercado.

CONCLUSIÓN: LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL MERCADO

Estas reflexiones sobre el impacto que puede tener el establecimiento de una economía de mercado en Venezuela nos indican dos cosas importantes. La primera, que el Derecho administrativo, tal y como ha ocurrido en los países de la Unión Europea, se puede adaptar y armonizar con el mercado y ha desarrollado novedades institucionales para ello, como las autoridades administrativas regulatorias, la función administrativa de regulación y el derecho administrativo flexible. La segunda, que el Derecho administrativo cambia en la medida que se modifiquen las funciones del Estado en la sociedad venezolana y al pasar a una economía de mercado, el Estado dejar de ser intervencionista para transformarse en un Estado regulador de la economía, entonces, el Derecho administrativo sigue esta misma evolución.

La instalación de una economía de mercado significa también que el Derecho administrativo venezolano pasa a una nueva etapa. Termina la primera época de fundación, surgimiento y desarrollo de nuestro Derecho administrativo histórico, caracterizado por una concepción fundamentalmente intervencionista del Estado en las actividades económicas, con el cual el Derecho administrativo se ha identificado y desarrollado, para comenzar otra época, de instalación de una economía de mercado, donde el Derecho administrativo tendrá que ser completamente diferente a lo que ha sido hasta ahora. De una parte, el Estado venezolano, en esa nueva visión de futuro no será un poderoso Estado petrolero. Y, la sociedad venezolana asumirá un conjunto de nuevas actividades y responsabilidades económicas, que harán de ella el actor más importante del desarrollo de nuestra economía. Cambios fundamentales a los cuales el nuevo Derecho administrativo deberá adaptarse. Quizás, con un alcance distinto a como ha ocurrido en Europa donde existe una economía mixta, pues nuestra experiencia histórica nos ha enseñado que tener un Estado intervencionista nos ha conducido a un gran desastre económico, político y social.

⁷⁰ Didier Truchet. “*Le Droit administratif*”. Thémis droit. Puf. París 2019. p. 323. (Decisión “Duvigneres”. CE.18/12/2002)

⁷¹ Didier Truchet. “*Le Droit administratif*”. Thémis droit. Puf. París 2019. p. 327.

25. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

María Amparo GRAU*

Resumen: La reconstrucción del Estado venezolano impone el respeto al modelo económico constitucional de mercado y libre competencia, así como el de los derechos económicos de los particulares, especialmente, la libertad económica y la propiedad. La actividad empresarial del Estado en Venezuela se ha desarrollado contrariamente al marco constitucional, a la noción conceptual de la empresa y a los principios de la iniciativa pública. La restitución del Estado de Derecho impone poderes públicos que respeten el principio de separación de los poderes y una Administración que sujete su actuación, incluida la de gestión económica, al bloque de la legalidad.

Palabras claves: Economía de mercado, competencia, iniciativa privada, iniciativa pública, empresa del Estado.

Summary: The reconstruction of the Venezuelan State requires respect for the constitutional economic model of market and free competition, as well as for the economic rights of individuals, especially economic freedom and property. The business activity of the State in Venezuela has developed contrary to the constitutional framework, the conceptual notion of business and the principles of public initiative. The restoration of the rule of law requires public authorities to respect the principle of separation of powers and an administration that subjects its actions, including those of economic management, to the rule of law.

Key words: Market economy, competition, private initiative, public initiative, state-owned enterprise.

I. INTRODUCCIÓN

El tema del Estado empresario en el marco de la obra que se intitula “*Principios fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales*”, impone el estudio de los principios de la actividad empresarial del Estado, y las desviaciones que de esos principios se han venido produciendo bajo la vigencia de la Constitución de 1999, cuyos 20 años de existencia conmemora dicha obra. Sobre la base de esos principios, y de la identificación de las claras violaciones y desviaciones que se han venido cometiendo, debe producirse la reordenación práctica del modelo económico constitucional, como parte de la reconstrucción del Estado venezolano en su condición existencial de ordenamiento jurídico que ha de ser.

* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Abogada de la Universidad Católica Andrés Bello. Master en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Doctora en Derecho Público de la Universidad CEU San Pablo, Madrid, España. Correo electrónico: mgrau@badellgrau.com

En el Estado de Derecho la Constitución es la base normativa del régimen económico;¹ y la Constitución de 1999 define el modelo económico en el artículo 299 que acoge un sistema de economía social de mercado, basado en la libertad como valor fundamental, en este caso, libertad de iniciativa privada y libertad económica, controlada por el Estado como ordenador de la economía, con el fin de garantizar el principio de justicia social. La norma dispone: “*El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.*”

Asimismo contempla la empresa pública como una forma de participación del Estado en la economía, cuando establece: “*El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.*”

De manera que la Constitución de 1999 admite expresamente el papel del Estado empresario como una de las posibles actividades a desarrollar y sin carácter subsidiario. El Estado social de derecho asume la actividad empresarial como una opción para la satisfacción del interés público y el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos. De allí que los contenidos de la actividad administrativa contemplen la gestión económica como una de sus formas, al lado de la actividad de coacción, fomento y prestación de los servicios públicos.

En efecto, el Estado puede desenvolverse como empresario, pero siempre con la misma razón condicionante de toda su actividad: la satisfacción del interés público, de acuerdo a las reglas que el ordenamiento jurídico impone, y la naturaleza y principios que rigen la actividad empresarial, tanto más, cuando en el nuevo derecho administrativo, el interés público pone el acento en el pleno ejercicio y disfrute de los derechos y libertades más que en las prerrogativas y privilegios de la Administración. Por ello el artículo 141 constitucional declara que la Administración Pública estará al servicio de los ciudadanos y se fundamentará en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, es decir con sujeción al bloque de legalidad.

En Venezuela durante estos 20 años de vigencia de la Constitución, el Estado ha sido empresario fuera del marco constitucional y del modelo económico escogido, y en claro desconocimiento de la naturaleza y principios que la gestión económica y la organización empresarial imponen. Se ha distorsionado la empresa pública que nace como una de las posibles formas de descentralización funcional, al acabar con su autonomía y

¹ Badell Madrid, Rafael. “Consideraciones acerca de las normas constitucionales en materia económica,” en: *El nuevo Derecho Constitucional venezolano, Ponencias IV Congreso de Derecho Constitucional, en homenaje al Dr. Humberto J. La Roche*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000, p. 151.

convertirla en un órgano más de la administración central, dependiente y sometida a la jerarquía del presidente de la República como máxima autoridad del poder ejecutivo nacional, y como instrumento de satisfacción de políticas populistas, mediante un gasto público ajeno a la planificación y control parlamentario, fiscal y judicial.

Pero además una empresa pública que en lugar de funcionar de forma conjunta con el sector privado para el desarrollo armónico de la economía como contempla la Constitución, lo ha hecho con el claro y expreso objetivo gubernamental de acabar con la iniciativa privada, la libertad de empresa, el derecho de propiedad privada, el libre mercado, las reglas de competencia, y hasta el lucro como derecho inherente a la actividad del sector privado, lo que demuestra un Estado que antes que concurrir con los particulares persigue cercenar todo derecho de estos a realizar la actividad empresarial. Como bien señala Piñar Mañas “*Que la participación pública en la Economía es una opción constitucionalmente legítima en la inmensa mayoría de los modelos comparados está fuera de duda. Pero hay casos de flagrante subversión del orden constitucional que de un plumazo deslegitiman la intervención pública y la despojan de cualquier justificación.*”²

Populismo, partidización y corrupción generalizada han caracterizado la actividad empresarial del Estado en Venezuela en los últimos años, y, por ende, el estrepitoso fracaso de una gestión económica carente de los más elementales principios de organización y respeto a la norma.

La reconstrucción implica, por tanto, como primer paso, el respeto al modelo constitucional, pero el cuidado también de observar los postulados de la ciencia de la organización y de la naturaleza y principios técnicos y jurídicos de la empresa pública como manifestación de uno de los contenidos de la actividad administrativa y de una de las formas de la organización de la administración pública: la descentralización funcional, entes autónomos y con personalidad jurídica propia creados para el cumplimiento de fines concretos, con sujeción a un régimen jurídico mixto que se le impone, y con un fin empresarial y de allí la necesidad de, con los límites del carácter público del agente, respetar también las condiciones esenciales de la organización, actividad y fines empresariales.

II. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

1. *Fundamento jurídico de la facultad del Estado para desarrollar la actividad empresarial*

Debate la doctrina si el Estado empresario requiere de una norma atributiva de competencia para dar fundamento legal a la actividad administrativa de gestión económica. Bien puede señalarse que en la consideración de que es el Estado titular del poder público y que sus funciones se limitan por la vía de la competencia y el principio de la legalidad³ y entendiendo que la actividad empresarial es, finalmente, y al lado de la de

² Piñar Mañas, José Luis en el prólogo al libro de Grau, María Amparo. *La inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019, p. 11.

³ El artículo 136 de la Constitución lo enuncia en los siguientes términos: “*El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Pú-*

coacción, servicio público y fomento, actividad administrativa, sería necesaria una norma previa que, como en el caso de las demás, la autorice, pues toda actividad administrativa estaría sujeta a la aplicación del principio de la legalidad.⁴

Téngase en cuenta, sin embargo, que la actividad empresarial no es ejercicio del poder público, ni la concreción de una función pública, sino desarrollo de una actividad desde la capacidad de la personalidad jurídico-pública, y a través de la acción estrictamente económica, aunque por supuesto con la finalidad siempre de satisfacer el interés público.⁵

La Constitución venezolana contempla esta actividad empresarial del Estado, de forma implícita, a través de la cláusula social del Estado de Derecho manifestada en múltiples disposiciones, y de forma expresa, en varios de sus artículos en los que se refiere a la participación del Estado en la economía y la creación de entidades descentralizadas para la realización de actividades empresariales, la referencia a la empresa del Estado y a las industrias, explotaciones y servicios de carácter estratégico que el Estado puede reservarse y el manejo de la industria petrolera con carácter monopólico por un ente de carácter estatal.

Sobre la derivación de la cláusula social del Estado de derecho de la justificación de una habilitación al Estado para concretar sus objetivos mediante la empresa pública, afirma Piñar Mañas que a ese fin sirve la calificación que hace el artículo 103.1 de la Constitución española sobre la Administración, como servidora objetiva de los intereses generales en un Estado Social de Derecho.⁶ Esta y otras normas dirigidas a imponer como función del Estado Social de Derecho la creación de condiciones vitales de bienestar de la población, sirven en efecto de fundamento a una actividad empresarial del Estado.

Venezuela, desde el pórtico de su Constitución se declara también como un Estado social de Derecho (artículo 2), y además se dio rango constitucional a los elementos necesarios para el logro de una buena administración, que ya sabemos es considerado hoy un derecho humano. De allí que la Constitución ordena a la Administración estar al servicio objetivo de sus ciudadanos (artículo 141), y contiene numerosas disposiciones con objetivos de interés general.⁷

blico tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.”

⁴ Así por ejemplo el artículo 274 de la Constitución, al referirse a las competencias de los órganos del poder ciudadano dispone a estos compete velar por la ética pública y la moral administrativa, la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, y “...el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado...”.

⁵ García Pelayo, Manuel. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Obras Completas*, Volumen III. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2869.

⁶ Piñar Mañas, José Luis. “Privatización de Empresas Públicas y Derecho Comunitario,” en: *Revista de Administración Pública*, Nº 133, enero-abril, Madrid, 1994, p. 18.

⁷ Así, por ejemplo, el artículo 3 define como uno de los fines esenciales del Estado “*la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo*”; “*la calidad de vida y el bienestar colectivo*” (artículo 83); “*la justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población*” (artículo 112 y 299); la generación de “*fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional*”, la elevación del “*nivel de vida de la población*” y el fortalecimiento de “*la soberanía*”.

Incluso el artículo 112 de la Constitución que consagra el derecho de libre empresa expresamente indica que “El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población...”, pudiendo por tanto éste desarrollar la actividad si tal garantía dependiese de ello.

La actividad económica del Estado puede concretarse en efecto a través de la prestación de los servicios de contenido económico o a mediante el desarrollo de actividad comercio industrial. La norma previa atributiva de la competencia no es entonces necesaria, salvo que se trate de actividades en las que se excluya a la iniciativa privada. La reserva, en efecto, ha de hacerse por ley, tanto para el supuesto de los servicios públicos⁸, como de la explotación de recursos y cualquier otra actividad de contenido económico que excluya la acción privada, pudiendo en este caso, sin embargo, el Estado otorgar concesiones.⁹

Así, por ejemplo, el Estado se reserva la actividad petrolera (artículo 301 de la Constitución) y puede hacerlo mediante ley respecto de otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. También puede reservarse el aprovechamiento de minerales no metálicos (que de no hacerlo será competencia de los Estados) (artículo 164.5 de la Constitución).

Pero además de esta actividad reservada, también hay una consagración expresa del Estado empresario, con el reconocimiento de una empresa pública al lado de la privada (artículo 299); y la consagración constitucional de la posibilidad de creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades empresariales, “con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan” (artículo 300); “la participación de los trabajadores y trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios” (artículo 184.4); la inhabilitación para optar al cargo de diputado respecto de los presidentes y funcionarios de las empresas del Estado (artículo 189.1 y 189.3); la regulación que reserva a una empresa 100% propiedad el Estado el manejo de la industria petrolera (artículo 302); y la mención de la empresa pública en el uso de la política comercial para su defensa conjuntamente con la de la empresa privada. (artículo 301).

Por tanto, puede concluirse que la empresa pública en Venezuela tiene expreso fundamento constitucional y se concibe dentro de un sistema de mercado, en respeto a la libre competencia y en concurrencia con los particulares, salvo en el caso de las reservas constitucionales y legales, que como limitantes de un ámbito de la libertad particular han de ser excepcionales y justificadas, y previstas en una norma legal.

económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía” (artículo 299).

⁸ Araujo-Juárez señala “la titularidad pública” como uno de los elementos caracterizadores del servicio público. Araujo-Juárez, José “Los derechos fundamentales económicos y el derecho de los servicios públicos,” en: *Servicios Públicos: Balance y Perspectiva*. Editorial Hermanos Vadell, Caracas, 1999, p. 17.

⁹ El artículo 113 de la Constitución establece que “Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.”

2. *Su carácter excepcional*

A diferencia del servicio público, en sentido propio, es decir, entendido éste como la “prestación obligatoria y concreta, de naturaleza económica-social que satisface una necesidad básica y directa del habitante”¹⁰, y que realiza el Estado “en cumplimiento de una obligación constitucional o legal, y en relación con las cuales los particulares no tienen derecho a desarrollarlas libremente”¹¹, la actividad empresarial del Estado, también en sentido propio, la restringimos a aquella en la que a la motivación del interés público a satisfacer va unido indisolublemente el éxito económico de la gestión,¹² y de allí su sujeción a los principios económicos de un modelo de mercado y libre competencia.

Se trata de la posibilidad de que el Estado asuma una actividad que en principio pertenece al ámbito de la iniciativa económica de los particulares, pero que razones de interés público justifican que en ese caso el empresario sea el propio Estado, en una actividad que no le es natural. De allí su carácter excepcional.¹³

3. *La regulación o no de su carácter subsidiario*

La actividad empresarial del Estado además de excepcional puede ser subsidiaria, si el ordenamiento jurídico así lo dispone. La subsidiariedad supone que la empresa pública se restringe exclusivamente a aquellas actividades económicas en las que la iniciativa privada es inexistente o insuficiente, para entonces realizarla o complementarla. En Venezuela no está contemplado este principio de subsidiariedad, lo que ha dado lugar al protagonismo estatal en materia de provisión de servicios¹⁴ y en explotación de ciertos recursos.

Ello no permite, sin embargo, el caso extremo, pues la inexistencia de una regulación en este sentido no implica una apertura total e indiscriminada a la actividad empresarial del Estado; ciertamente, el interés público, la planificación, la racionalidad del gasto, el sistema de mercado y las reglas de competencia siempre serán una limitante.

¹⁰ Cassagne, Juan Carlos. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Abeledo Perrot, 6ª edición, Buenos Aires, 1998, p. 421.

¹¹ Brewer-Carías, Allan R.. “El Régimen constitucional de los servicios públicos”, publicado en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. El Nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2002, p. 23.

¹² Grau, María Amparo. *Ob. cit.* p. 208.

¹³ El Estado es el titular del poder público, y como tal, ejerce las funciones necesarias para concretarlo. Que el particular puede eventualmente actuar como autoridad es una situación de excepcionalidad, así, por ejemplo, la llamada descentralización por colaboración o la doctrina de los actos de autoridad. Lo mismo entonces puede predicarse en el caso de la actividad económica, que en principio corresponde al sector privado, pero que eventualmente y de forma excepcional puede realizar el Estado para el cumplimiento de sus cometidos de interés general, definidos de forma general (promover el bien común) o específica para una materia en la norma legal o Constitucional (caso de la industria de los hidrocarburos).

¹⁴ Ariño Ortíz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Editorial Comares, Granada, 1999, p. 112.

Estas limitantes, y especialmente el sistema de mercado y las normas de competencia, imponen el criterio de que en la actividad económica no reservada al monopolio estatal, el Estado es un empresario, su organización es una empresa, y su desempeño está sujeto a la competencia con los particulares.

4. *El interés público como causa justificante*

La satisfacción del interés público es la causa justificante de toda la actividad administrativa. La finalidad de la norma que dispone la competencia de la Administración es igualmente la satisfacción de un interés público. La gestión económica no escapa de la aplicación de este principio. La empresa pública de contenido económico tiene que encontrar fundamento en un explícito objetivo que signifique el beneficio del interés general¹⁵. Se admiten como tales causas justificantes en el marco de la Constitución económica venezolana, según De Stefano Pérez, las siguientes: a) Por fallas del mercado; b) para la explotación de recursos estratégicos en atención al desarrollo económico-social y la superación de la dependencia de organizaciones extranjeras; c) de manera subsidiaria respecto del sector privado; d) para alcanzar objetivos de política económica y, en particular, monetaria.¹⁶

Este autor proclama la subsidiariedad, al señalar que aun cuando no prevista en la Constitución, lo cierto es que la vinculación de la actividad empresarial del Estado a la cláusula social del Estado de Derecho no debe implicar el desconocimiento de la Constitución económica, por lo cual la intervención del Estado, no como prestador del servicio público, sino como un verdadero empresario para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos encuentra la justificación del interés público sólo en la medida en que efectivamente las mismas no se hallen cubiertas por la actividad económica de los particulares o existan otras razones que lo justifiquen.

El interés público, por tanto, ha de ser el que se enmarca dentro del modelo constitucional en su conjunto, y, en ningún caso, el que lleve al desconocimiento del orden constitucional vigente, ni del orden jurídico imperante. Además, el principal interés público ha de ser el pleno disfrute de los derechos y libertades, de forma que en efecto sólo se justificaría la actividad empresarial del Estado si hay una necesidad real de satisfacer las necesidades de los ciudadanos por no estar ellas cubiertas, a cabalidad y de forma equitativa y universal, por la actividad económica de los particulares; en todo caso, las razones que que la justifiquen nunca pueden suponer la violación de los derechos y libertades económicas de los particulares mediante el desconocimiento del ordenamiento jurídico constitucional y legal.

¹⁵ La actuación del Estado en el campo empresarial, es decir, “cuando éste sigue fines o realiza actividades propias del derecho privado”, siempre tendrán “un fin público estatal mediato.” Cassagne, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*, T. 1, 12ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 853.

¹⁶ De Stefano Pérez, Alfredo. “La Constitución Económica y la Intervención del Estado en la Economía, en: *El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela*” *Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara*. Estudios del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005, p. 258.

5. *La planificación y la racionalidad en el gasto*

El derecho a una buena administración impone la racionalidad, tanto en la planificación de la actividad como en el gasto. Toda organización requiere un plan, un programa, la ordenación de los elementos que la componen para unificar su acción en la consecución de los objetivos propuestos. En el caso de la gestión económica del Estado este mismo principio resulta fundamental. *“Ninguna organización ya sea pública o privada, puede funcionar sin un plan o marco conceptual de referencia por el que se disponga anticipadamente, bien sea de forma explícita o implícita: que debe hacerse, cómo debe hacerse, quién debe hacerla y cuándo debe hacerse en las diferentes áreas o niveles de la organización y en función de las nuevas circunstancias o la información que se vaya generando en el interior o exterior de la misma. Toda actividad económica se reduce, en último término a una actividad planificadora.”*¹⁷

La racionalidad del gasto aplicado concretamente a la actividad empresarial del Estado se encuentra contenida en el artículo 300 de la Constitución, el cual dispone: *“La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan.”* Por su parte, el artículo 311 establece: *“La gestión fiscal estará regida y será ejecutada con base en principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal...”*. Se contemplan así las condiciones financieras de la buena administración; el postulado de la justicia social no puede cumplirse por una organización que irrespeta los principios económicos financieros de la gestión, en el caso de la empresa pública, de la gestión económica.

Por esta razón el control es un elemento fundamental para preservar este principio de la racionalidad del gasto y evitar que la empresa pública, en lugar de una actividad beneficiosa para el interés público que la presupone, se convierta en instrumento para la pérdida del patrimonio público, su despilfarro, y fuente de corrupción.

6. *El respeto al sistema de mercado*

El artículo 299 de la Constitución dispone que el régimen socioeconómico se fundamenta, entre otros, en el principio de libre competencia, libertad de empresa e intervención del Estado en la economía a mediante la planificación y regulación, y a través también de la iniciativa pública. El Estado debe por tanto garantizar el mayor nivel de existencia de una economía de mercado, limitándolo, pero nunca suprimiéndolo, vaciándolo de contenido o desfigurándolo.¹⁸

El sistema social de mercado reconoce el derecho de los particulares a la iniciativa económica privada, en libre competencia y con el pleno ejercicio de su derecho de propiedad, limitado por el interés social, los derechos de los consumidores y usuarios y combinado con la iniciativa pública para hacer efectiva la cláusula social.

¹⁷ Ivanega, Miriam Mabel. “Cuestiones acerca del control público” en: *El derecho a los 100 números de la Revista de Derecho Público, 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 375 y 376.

¹⁸ Cidoncha, Antonio. *La Libertad de Empresa*. Editorial Arandi, SA, Navarra, 2006, p. 74.

La iniciativa pública puede ejercitarse de forma monopólica, mediante la reserva de la actividad (artículo 302)¹⁹ o en concurrencia con los particulares, en cuyo caso ha de hacerlo en las “mismas condiciones que la iniciativa privada.”²⁰ No puede admitirse que el Estado empresario que pretende actuar en concurrencia con los particulares haga uso de su poder para desvirtuar este equilibrio necesario entre los agentes del mercado. La actividad empresarial del Estado no es actividad de coacción ni de limitación, no es ejercicio de función pública y no implica relaciones de sujeción.

7. *El respeto a las garantías económicas jurídicas de los particulares*

A. *La iniciativa privada y libertad de empresa*

El principio de la libertad está previsto en el artículo 112 de la Constitución, y conforme a éste “*Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes...*”. La actividad empresarial del Estado se prevé en la Constitución al lado de aquella que corresponde, en ejercicio de este derecho, al sector privado (artículo 299), por lo cual la empresa pública debe respetar los derechos del empresario privado (vg. propiedad) y los principios que rigen para que su actuación económica sea exitosa (vg. libre competencia).

La libertad de empresa supone libertad “...*para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios y conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia.*”²¹

El objetivo natural de la actividad económica de los particulares es, por ende, el lucro y a esto pueden dedicarse ellos libremente sin más limitaciones que las que el ordenamiento jurídico les impone y en competencia con la iniciativa pública, que no debe confundir su rol con el de la Administración reguladora que ejecuta las normas de competencia, ni aprovecharse de las facultades de fomento y planificación del Estado para distorsionar las reglas del mercado y favorecerse indebidamente.

B. *Las reglas de libre competencia*

La competencia como principio del régimen socioeconómico del país (artículo 299) se encuentra también contemplado en el artículo 113 del texto fundamental, al disponer que “...*el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.*”

¹⁹ Artículo 302. “*El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.*”

²⁰ Parada Vázquez, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 495.

²¹ Bassols Coma, Martín. *Constitución y Sistema Económico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 137.

Insistimos en que el Estado no puede valerse de privilegios económicos o jurídicos para vulnerar o falsear la competencia y, por tanto, a este Estado empresario deben aplicarse las mismas cargas y riesgos de toda índole que deban soportar las empresas privadas con las cuales éste compete.²²

C. *El derecho a la propiedad privada*

También el derecho de propiedad privada, elemento fundamental de la economía de mercado, surge como principio limitante de la actividad empresarial del Estado. El derecho de propiedad es presupuesto de la libertad de empresa y está consagrado en el artículo 115 de la Constitución como el derecho de uso, goce y disfrute de los bienes, sin más restricciones y limitaciones que las previstas en la ley con fines de utilidad pública o interés social.

La libertad de empresa se proyecta en la empresa como actividad, el derecho de propiedad, sobre la empresa como resultado.²³ El respeto a la propiedad privada debe, por ende, limitar también a la actividad empresarial del Estado, quien a su vez se comportará como empresario y propietario de la empresa y de los resultados, siempre en función de obtenerlos e invertirlos en el interés público justificante de la actividad, o en otro, también de carácter público, que éste decida, pero en todo caso de acuerdo a las normas de presupuesto, control y, en general, las normas de planificación propias de un ordenamiento, y siendo consecuente con los principios de la organización, como requisito indispensable de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los objetivos.

La propiedad privada debe además ser respetada por el Estado en cuanto su poder regulatorio; lo mismo en el caso de la propiedad de la empresa privada, en cuanto a sus bienes, sus recursos y beneficios. Aún si la propiedad privada es requerida para la satisfacción de una causa de utilidad pública o interés social, ella está constitucionalmente protegida por la garantía de la institución expropiatoria, conforme a la cual, la necesaria ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas que supone la eliminación del derecho de propiedad en los casos concretos para el cumplimiento de estos fines ha de hacerse mediante sentencia firme y el pago de la justa y oportuna indemnización al propietario y demás titulares de derechos afectados por la acción expropiatoria del Estado.

8. *La organización de la empresa pública*

Para cumplir el cometido económico, con vocación económica, la Administración acude a la figura de la descentralización funcional que consiste en la creación de entes con personalidad jurídica propia, produciendo la ruptura del principio de la organización administrativa centralizada: la jerarquía. Esta se sustituye por relaciones de coordinación entre la Administración funcionalmente descentralizada y el órgano de la administración central al que competen las materias en las actividades en las que los nuevos entes se desenvuelven.

²² Al respecto la sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de octubre de 1989 (RJ, 1989, 7352).

²³ Paz-Ares Rodríguez, Cándido y Alfaro Águila-Real, Jesús. *Comentarios a la Constitución española. Obra colectiva. Fundación Wolters Kluwer*, Madrid, 2008, p. 983.

A. *Personalidad jurídica propia*

La personificación de la Administración como sujeto de derecho se realiza en Venezuela a través de la personalidad jurídico-territorial. La Administración pública nacional, estatal y municipal se personifica en las personas jurídicas de la República, los Estados y los Municipios. Pero también se personifica mediante el instituto de la descentralización funcional, dando lugar a las personas jurídicas no territoriales de derecho público o privado que conforman la Administración Pública Descentralizada.

La realización de actividad económica por la Administración impuso el “...abandono progresivo de las formas clásicas de la Administración Pública, por su puesto para huir de su régimen jurídico –el de la Administración Central del Estado– y que como fenómeno mundial condujo, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, a la aparición de las empresas públicas.”²⁴ Este fenómeno se concretó primero en la figura del Instituto Autónomo y luego, y especialmente para la actividad de gestión económica, en las empresas del Estado que permitieron la presencia y aplicación del derecho privado, que flexibilizaba su régimen jurídico y lo compatibilizaba con la naturaleza de las actividades comercio industriales asumidas.

B. *Reglas para su constitución*

Originalmente en Venezuela la constitución de las empresas del Estado, estas son, aquellas en las que el Estado a través de las personas jurídicas territoriales (de primer grado) o de sus entes descentralizados (de segundo grado) poseen más del 50% de las acciones, se producía bien mediante la atribución constitucional o legal de la forma jurídica de derecho privado de carácter societario, o mediante la inscripción en el registro mercantil de su documento constitutivo estatutario, tal y como lo hacen las empresas privadas. Posteriormente, la Ley Orgánica de la Administración Pública contempló la necesidad de un decreto de la máxima autoridad del Ejecutivo nacional, estatal o municipal y la protocolización del acta constitutiva en el registro correspondiente (artículo 104)²⁵. Asimismo, previó la posibilidad de la empresa del Estado de accionista único (artículo 106)²⁶, que presentaba la dificultad de que las reglas del derecho privado no lo admiten.

²⁴ Brewer-Carías, Allan R. “La Interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo”, en: *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, p. 27.

²⁵ “Artículo 104. La creación de las empresas del Estado será autorizada por la Presidenta o el Presidente de la República en Consejo de Ministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldes o alcaldes, según corresponda, mediante Decreto de conformidad con la ley. Adquieren la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en el registro correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial correspondiente, donde aparezca publicado el Decreto que autorice su creación. Los trámites de registro de los documentos referidos a las empresas del Estado estarán exentos del pago de aranceles y otras tasas previstas en la legislación que regula la actividad notarial y registral.”

²⁶ “Artículo 106. Las empresas del Estado podrán crearse con un único accionista y los derechos societarios podrán ser ejercidos, según sea el caso, por la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o los entes a que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley

C. *Régimen jurídico mixto. Sometimiento a reglas del derecho privado y de derecho público*

La asunción de la forma jurídica organizativa del derecho privado para la realización de actividades de contenido económico ocasiona la aplicación de un régimen jurídico mixto, de derecho público y privado. Como bien indica Brewer-Carías, dependiendo de la actividad a desarrollar el régimen preponderante puede variar. Así, por ejemplo, en el caso del Banco Central de Venezuela ahora reconocida como una persona jurídica constitucional (artículo 318), siempre estará preponderantemente sujeta a un régimen de derecho público, ya que se trata del instituto emisor y regulador del crédito y de la moneda.²⁷

Sobre el régimen jurídico de la empresa del Estado, la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que las mismas se regirán por la legislación ordinaria, lo establecido en dicha ley y las demás normas aplicables. Las relaciones laborales se rigen por la legislación ordinaria laboral (artículo 108). Adicionalmente hay que tener en cuenta, y ello es también característica de ese régimen jurídico mixto, que leyes especiales pueden establecer regulaciones a determinadas empresas como el caso de la Ley Orgánica de Hidrocarburos respecto de las empresas petroleras estatales, las cuales se rigen por esa ley y su reglamento, por sus propios estatutos, las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Energía y Petróleo y las normas del derecho común (artículo 29).

En el mismo sentido, derivación del régimen jurídico mixto es que los trabajadores, aún cuando regulados por la legislación laboral, pueden encontrarse sometidos a leyes de derecho público en virtud de su pertenencia a un ente público, como es el caso de las normas en materia de salvaguarda del patrimonio público y anticorrupción.

D. *El control tutelar*

Consecuencia de la personalidad jurídica propia es la cesación del principio de jerarquía, el cual se sustituye por el de coordinación y manifestación de éste es, precisamente, el control tutelar. La Ley Orgánica de la Administración Pública contempla el control de tutela, el cual en el caso de las empresas del Estado se ejerce mediante el control accionario que normalmente corresponde al ministro de adscripción, aunque se admite una adscripción de segundo grado, pues podría ser el ente adscrito a otro igualmente descentralizado, quien deberá reportar entonces a su órgano central de adscripción lo relativo a la empresa tutelada.²⁸

9. *Sujeción a normas que regulan la contratación administrativa*

La aplicación de las normas de la contratación pública a la empresa del Estado es otro aspecto que deriva del sometimiento a un régimen jurídico mixto. Plantea, sin embargo, en el caso de la empresa del Estado que realiza actividad comercio industrial en

Orgánica, que sea titular de la totalidad de las acciones, sin que ello implique el incumplimiento de las disposiciones establecidas en la ley.”

²⁷ *Ibidem*, p. 29 y 30.

²⁸ Dicho control está regulado en Título IV, Capítulo II, Sección Quinta de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

régimen de competencia, la contradicción entre la flexibilidad que exige el carácter privado de la actividad con la rigurosidad que impone la necesaria transparencia del órgano en la gestión del patrimonio público. Es la tensión que se produce en la “*interaplicación*” del derecho público y privado respecto de la empresa pública y “*el proceso de recuperación de huida y recuperación del derecho Administrativo*” a la que ha referido el profesor Brewer-Carías.²⁹

10. *Sujeción a las normas de control de los entes públicos*

La actividad de gestión económica es actividad administrativa, y, por ende, aún cuando regida por un régimen jurídico mixto, no escapa a las reglas del control. “*No puede existir legitimidad administrativa si no se erige al control, entendido como un conjunto de actos que van desde la programación, supervisión del desarrollo y culminan en la revisión de la gestión, como uno de sus principios jurídicos rectores.*”³⁰ La empresa del Estado está incluso sujeta a un control parlamentario del “quantum” específico, a través de un “Registro de la composición accionaria de las empresas donde el Estado tenga participación”, cuya copia deberá ser remitida semestralmente a la Comisión correspondiente de la Asamblea Nacional o del órgano legislativo local respectivo, dentro de los primeros treinta (30) días del semestre siguiente (artículo 109 de la Ley Orgánica de la Administración Pública).

11. *Sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativa*

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa asume para dicha jurisdicción especial las acciones en las que intervenga, como demandante o demandado, una empresa del Estado (artículo 9, numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Esta norma que responde a una creación jurisprudencial,³¹ también enseña la tensión de lo público y lo privado en esta materia. Si bien las demandas contra empresas del Estado se admitían como parte de las competencias del contencioso administrativo por la regulación constitucional de esta jurisdicción y la atribución a la misma de la determinación de la responsabilidad de la Administración³², no es tan

²⁹ Ver Brewer-Carías, Allan R. en: “La Interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo”. *Ob. cit.*, pp. 23-73.

³⁰ Damsky, Isaac Augusto. “Sobre la vigencia de los principios de organización administrativa,” en: *El derecho a los 100 números de la Revista de Derecho Público, 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 350.

³¹ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, expediente 2004-0805, de fecha 7 de septiembre de 2004 en la cual se lee: “...*aunado a las consideraciones expuestas en el fallo antes citado, en atención al principio de unidad de competencia, debe establecer esta Sala que igualmente resultan aplicables las anteriores reglas para el conocimiento de todas las demandas que interpongan cualesquiera de los entes o personas públicas mencionadas anteriormente contra los particulares o entre sí...*”.

³² En la Constitución de 1961 así lo disponía el artículo 206 conforme al cual: “*La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”. En la Constitución de 1999, en los

claro que ello permita llegar al extremo, como se ha hecho, de llevar a tal jurisdicción especial incluso a los particulares contra los que tales empresas accionen, invocando el principio de la unidad de jurisdicción pero omitiendo toda consideración al principio del juez natural, y a la esencia misma del contencioso administrativo como institución que halla su razón de ser en el control especializado de la arbitrariedad.

12. *Las desviaciones del Estado empresario en Venezuela*

La reconstrucción del Estado en Venezuela pasa por la corrección de las desviaciones y violaciones que de los explicados principios de la empresa pública se han venido produciendo bajo la vigencia de la Constitución de 1999. En este sentido, deben destacarse:

a) *La sustitución del régimen constitucional de economía social de mercado por el de economía socialista*

A pesar de que ya en el proceso constituyente se asomaba el rechazo del grupo político del nuevo gobierno por el modelo de economía social de mercado³³, lo cierto es que la Constitución de 1999 lo mantuvo como ya estaba consagrado en la Constitución de 1961 en idénticos términos. Sin embargo, pronto comenzaron las violaciones y desviaciones en las ejecutorias de los poderes del Estado dominados por un pensamiento político económico contrario a la Constitución. El sistema de economía socialista comenzó a ejecutarse a través de leyes, decretos leyes y actos administrativos, todos inconstitucionales. En septiembre de 2007 el Ejecutivo produjo un documento contentivo del Plan de desarrollo Económico y Social de la Nación 2007, denominado Proyecto Nacional Simón Bolívar propuesto por el presidente con el objetivo de la imposición de un modelo de economía socialista. Este modelo se intentó implantar mediante una reforma constitucional con el propósito de consolidar “*el socialismo en lo político y en lo económico*”, mediante, entre otros, la eliminación del principio de libre competencia, la libertad de empresa y la propiedad privada limitada a bienes de uso, consumo y medios de producción.

A pesar de que la reforma fue rechazada por el pueblo en referéndum ese mismo año, el referido Plan fue renovado mediante el Plan de la Patria (2013-2019),³⁴ aprobado por ley y con el mismo objetivo de “*continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI, en Venezuela, como alternativo al sistema destructivo y salvaje del capitalismo.*”

mismos términos lo contempla el artículo 259, al disponer: “*La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.*”

³³ El Constituyente Gastón Parra en el debate expresó: “...*el libre juego del mercado no es otra cosa que la tiranía de un pequeño grupo de grandes empresarios que ejercen, precisamente, ese dominio...*” (Debates Constituyentes).

³⁴ Gaceta Oficial N° 6.118, extraordinario, de fecha 4 de diciembre de 2013.

El tercer plan de esta naturaleza presentado por Nicolás Maduro para su aprobación, ya no ante la Asamblea Nacional por ser ésta ahora de mayoría opositora, sino ante la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente,³⁵ creada para usurpar las competencias del parlamento, fue aprobado en fecha 2 de abril de 2019.³⁶

- b) *La sustitución de la empresa pública, de su autonomía y de su actividad de gestión económica con criterio empresarial por una organización dependiente del Poder Ejecutivo como fuente directa ingresos para financiar los planes sociales del gobierno y las políticas populistas y partidistas*

El caso de Petróleos de Venezuela (PDVSA) permite entender con claridad la desviación que se denuncia. Desde el planteamiento admisible de revisar las relaciones entre la Administración Central (Ministerio de Energía y Minas) y el ente descentralizado (PDVSA) y redefinir los roles a manera de garantizar el control del diseño de las políticas y administración del recurso petrolero por el órgano ministerial, dejando que PDVSA, como operadora, fuese “*un instrumento eficaz de política industrial, concentrándose en sus actividades específicas de conformidad con el decreto que le dio origen...*”³⁷ a la ya no admisible distorsión de la descentralización funcional, restando toda autonomía al ente, al punto que se llegó a desvirtuar la institución de la adscripción y el control tutelar, confundiendo las figuras de presidente de la empresa estatal petrolera y el ministro del área al designarse para ambos cargos a la misma persona.³⁸

Por otra parte, el desconocimiento de la razón conceptual de la descentralización funcional como mecanismo para el cumplimiento de objetivos de gestión económica derivó en la distorsión absoluta de los objetivos empresariales del ente. “*La nueva PDVSA*” desde en el año 2003 “*...transciende su rol económico financiero tradicional y ejecuta un rol social inédito, a través del apoyo a los programas de lucha contra la pobreza, exclusión y a la participación comunitaria, a fin de fomentar el empoderamiento ciudadano, el poder popular y, en general, el desarrollo social (MINCI 2004).*”³⁹

³⁵ La Asamblea Nacional Constituyente fue convocada inconstitucionalmente por Nicolás Maduro pues no fue aprobada dicha convocatoria por el pueblo como lo contempla el artículo 347 de la Constitución, su constitución fue igualmente violatoria de los preceptos que contienen los democráticos y su desempeño ha demostrado que no se concreta a la competencia constitucional del diseño de un nuevo proyecto de Constitución, sino a usurpar la facultad legislativa y de control de la Asamblea Nacional.

³⁶ La Ley aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial N° Extraordinario 6.442 de fecha 3 de abril de 2019.

³⁷ Como objetivo de “*la nueva reforma petrolera*” se menciona “*la necesidad inaplazable de restablecer el control del poder público nacional sobre los recursos de hidrocarburos*”, el Ministerio de Energía y Minas como órgano nacional competente en todo lo relacionado con la administración de los hidrocarburos es por cuyo órgano el Ejecutivo Nacional cumple las referidas funciones, asume en los hechos y en el derecho la administración de las tierras y, con ellas, las distintas formas contractuales... Rodríguez Araque, Ali. “*La Reforma Petrolera Venezolana de 2001*”. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Vol. 8, N° 2 (mayo-agosto). Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002, p. 191.

³⁸ Esta desviada práctica comenzó en PDVSA cuando en 2004 Rafael Ramírez, para el momento Ministro de Energía y Petróleo, fue designado al mismo tiempo para ocupar la presidencia de PDVSA y en esa dual condición permaneció hasta 2014. Igual ocurrió con Manuel Quevedo quien ejerció ambos cargos entre 2017 y 2020.

³⁹ Neritza Alvarado, Maryoly Molero, Ingrid Olmos y José Soto. “*El papel de la nueva PDVSA en la lucha contra la pobreza y la exclusión social en Venezuela*”, en: *Tendencias, Revista de la Facultad de*

Cabe destacar que esta desviación se hace posible mediante reformas legales que distorsionaban el régimen tributario de las empresas del Estado, impedidas, como toda sociedad mercantil, de desviar fondos para objetivos distintos a los del gasto necesario para el cumplimiento de su objeto social. Anteriormente, el financiamiento de los planes sociales y la distribución equitativa de la riqueza pasaba por la planificación presupuestaria del ingreso público, entre este, los tributos y regalías procedentes de la explotación petrolera.

Pero esto cambió cuando en el año 2001⁴⁰ se dictó vía decreto ley una nueva ley para regir en la materia de los hidrocarburos, y en su artículo 5 se estableció el papel de la nueva PDVSA, la pérdida de su carácter empresarial y su rol de organismo de financiación directa de la actividad de prestación de servicios, fomento, y otras actividades administrativas en materia de educación, salud, y otros programas sociales.

El artículo 5 de ese decreto ley, idéntico al artículo 5 de la Ley de Hidrocarburos de 2006 actualmente vigente⁴¹ disponía: “*Las actividades reguladas por esta Ley estarán dirigidas a fomentar el desarrollo integral, orgánico y sostenido del país, atendiendo al uso racional del recurso y a la preservación del ambiente. A tal fin se promoverá el fortalecimiento del sector productivo nacional y la transformación del en el país de materias primas provenientes de los hidrocarburos, así como la incorporación de tecnologías avanzadas. Los ingresos que en razón de los hidrocarburos reciba la Nación propenderán a financiar la salud, la educación, la formación de fondos de estabilización macroeconómica y a la inversión productiva, de manera que se logre una apropiada vinculación del petróleo con la economía nacional, todo ello en función del bienestar del pueblo.*”

Así, se aparta a la empresa petrolera estatal de su naturaleza empresarial y de la autonomía que le confiere su carácter de administración funcionalmente descentralizada, para convertirse en un órgano administrativo dependiente y parte del poder central y se instituye una vinculación directa del ingreso petrolero con la ejecución de los proyectos previstos en los programas de gobierno descritos a través de los planes de la nación antes mencionados.

Asimismo, se evade toda planificación y control parlamentario en las designaciones y en las ejecutorias de ésta y de todas las otras empresas públicas, las cuales se ponen al servicio de la política, mediante la partidización y el populismo.

Se constituye lo que Manuel Rachadell denomina un régimen neopatrimonialista, corrupto y populista.⁴²

Ciencias Económicas y Administrativas y la Universidad de Nariño. Vol. XVI, N° 2, segundo semestre 2015, julio-diciembre, p. 197.

⁴⁰ La Ley que regía la materia de los hidrocarburos fue reformada por vía de decreto con rango y fuerza de ley dictado por el presidente de la República el 13 de noviembre de 2001, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.323.

⁴¹ La Ley Orgánica de Hidrocarburos vigente es la publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.443 de fecha 24 de mayo de 2006, reimpresa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.493 de fecha 4 de agosto de 2006.

⁴² Rachadell, Manuel. *Evolución del Estado venezolano 1958-2015, de la conciliación de intereses al populismo autoritario*. Colección de Estudios Políticos N° 11. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

c). *El desconocimiento de la actividad económica privada como derecho y las prácticas abusivas del Estado regulador, y del Estado Administración, en las distintas manifestaciones de la actividad administrativa, incluida la del Estado empresario*

Ese mismo criterio de una empresa pública, que no es empresa, se aplica al sector privado al cual se le desconoce su derecho a desarrollar la actividad económica de su preferencia, a decidir el cómo hacerlo y a beneficiarse del lucro que ésta produzca, violándosele su derecho de propiedad, sometiéndolo a un poder regulador incontinente, inconstitucional y limitante que vacía de contenido el derecho del empresario, lo plantea como enemigo del proceso y delincuente en potencia, sin presunción de inocencia ni reglas procesales, sometido al poder arbitrario de una Administración que no requiere de la norma y a un Estado que no concibe el mercado como modelo ni la competencia como principio, pues la irrespeta y la falsea a favor de sus iniciativas económicas públicas.

La violación de la garantía de la reserva legal para la limitación de la libertad económica se concretó mediante el uso inconstitucional y desviado de las figuras de la habilitación legislativa y los estados de excepción para transferir al presidente de la República las facultades normativas del parlamento. Una incontinente, irracional e inconstitucional legislación presidencial⁴³ ha producido cientos de decretos leyes limitantes de la actividad económica privada.

Adicionalmente, se afectó el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa, al deslegitimarse el lucro, sometiéndolo a los parámetros de la justicia de intercambio fijada por el Estado. Se derogó la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia que incluía a la empresa pública como sujeto de sus disposiciones⁴⁴, y se estableció un sistema de control absoluto de precios⁴⁵ y con una marcada proliferación de normas estableciendo contribuciones especiales para la empresa privada.⁴⁶

⁴³ Grau, María Amparo. *Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela* (Oxford, 2008), Editorial Texto, Caracas, 2009.

⁴⁴ La Ley Para Proteger y Promover el ejercicio de la Libre Competencia publicada en Gaceta Oficial N° 34.880 de fecha 13 de enero de 1992 fue derogada por el Decreto presidencial N° 1.415 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio, publicado por primera vez en la Gaceta Oficial N° 6.151 extraordinario de fecha 18 de noviembre de 2014 y reimpressa por fallas en los originales mediante Gaceta Oficial N° 40.549 de fecha 26 de noviembre de 2014.

⁴⁵ La primera Ley de Costos y Precios Justos fue publicada en Gaceta Oficial N° 39.715 de fecha 18 de julio de 2011, reformada en fecha 8 de noviembre de 2015 por Decreto N° 2.092, publicada en Gaceta Oficial N° 6.202 Extraordinario y reimpressa por error material en Gaceta Oficial N° 40.787 de fecha 12 de noviembre de 2015. Adicionalmente, el 22 de noviembre de 2017 fue dictada por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente una inconstitucional Ley Constitucional de Precios Acordados, publicada en Gaceta Oficial N° 6.342, extraordinario de fecha 22 de noviembre de 2017.

⁴⁶ Así, por ejemplo, se establecen en: Decreto N° 1.411, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (Gaceta Oficial N° 6.151 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014); Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Gaceta Oficial N° 39.610 del 7 de febrero de 2011); Ley Orgánica de Drogas. (Gaceta Oficial N° 39.546 del 05 de noviembre de 2010); Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física (Gaceta Oficial N° 39.741 del 23 de agosto de 2011); Ley Orgánica de Turismo (Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014).

Mediante el poder regulador y el abuso de la actividad de fomento se favoreció a la empresa pública y se falseó la competencia, así por ejemplo, en la legislación bancaria en la cual se favorece con un régimen especial y particular a las instituciones bancarias públicas, con exenciones del pago de las contribuciones al Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios (FOGADE) y a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) (artículos 121 y 168, respectivamente), así como el pago del aporte social (artículo 46).⁴⁷

El derecho a la propiedad privada ha sido igualmente irrespetado mediante el uso abusivo de la declaratoria de utilidad pública o social, apropiación de empresas por parte del Estado, por vías de hecho, expropiaciones como sanción, expropiaciones administrativas sin intervención del juez, sin procedimiento, ni pago de la justa indemnización; medidas cautelares de apropiación con carácter definitivo e indeterminado (cautelares innominadas)⁴⁸ y sin protección al derecho económico de los particulares.

III. CONCLUSIONES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

Parte de la reconstrucción del Estado de Derecho en Venezuela es en efecto la recuperación del modelo económico constitucional y el sometimiento de la actividad empresarial del Estado al orden científico y jurídico. Por tanto, se requiere:

1. Respeto al modelo económico constitucional de mercado y libre competencia, y derogación de toda la normativa existente que viola este sistema.
2. Respeto al principio constitucional de libre competencia, derogatoria de toda la normativa existente que lo viola y dictar una Ley que la proteja y la fomenta.
3. Respeto a los derechos constitucionales económicos de los particulares, especialmente, la libertad económica y la propiedad, derogatoria de la normativa que las violan.
4. Sometimiento de la actividad administrativa de regulación económica al principio de legalidad y demás principios de la actividad y el procedimiento administrativo.
5. Concreción de la iniciativa pública con arreglo a los principios que la limitan (interés público concreto y expreso, excepcionalidad, planificación y racionalidad del gasto, sometimiento a reglas de control).
6. Respeto a los principios de la organización administrativa y particularmente de la descentralización funcional para el caso concreto de la empresa del Estado.

⁴⁷ Decreto N° 1402 con Rango, Fuerza y Valor de Ley Instituciones del Sector Bancario de fecha 13 de noviembre de 2014, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 6.154, extraordinario de fecha 8 de diciembre de 2014.

⁴⁸ En este sentido pueden verse el artículo 70 de la Ley Orgánica de Precios Justos (*Gaceta Oficial* N° 40.787 del 12 de noviembre de 2015); el artículo 182 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (*Gaceta Oficial* N° 39.610 del 7 de febrero de 2011); artículo 16 de la Ley de la Actividad Aseguradora (*Gaceta Oficial* N° 6.220 Extraordinario del 15 de marzo de 2015); el artículo 7 del Decreto N° 1.402, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (*Gaceta Oficial* N° 40.557 del 8 de diciembre de 2014).

7. Rescate de una verdadera y efectiva justicia administrativa de control de la arbitrariedad, sometimiento de la Administración a la ley y establecimiento de la responsabilidad del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO, Neritza, MOLERO, Maryoly, OLMOS, Ingrid y SOTO, José. “El papel de la nueva PDVSA en la lucha contra la pobreza y la exclusión social en Venezuela”, en: *Tendencias, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas y la Universidad de Nariño*. Vol. XVI, N° 2, segundo semestre 2015, julio-diciembre, pp. 192-208.

ARAUJO JUÁREZ, José. “Los derechos fundamentales económicos y el derecho de los servicios públicos”, en: *Servicios Públicos: Balance y Perspectiva*. Editorial Hermanos Vadell, Caracas, 1999.

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Editorial Comares, Granada, 1999.

BADELL MADRID, Rafael. “Consideraciones acerca de las normas constitucionales en materia económica”, en: *El nuevo Derecho Constitucional venezolano, Ponencias IV Congreso de Derecho Constitucional, en homenaje al Dr. Humberto J. La Roche*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000.

BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y Sistema Económico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.

BREWER-CARIÁS, Allan R. “El Régimen constitucional de los servicios públicos”, publicado en *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. El Nuevo Servicio Público. Actividades reservadas y regulación de actividades de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2002.

_____. “La Interaplicación del derecho público y del derecho privado a la Administración pública y el proceso de huida y recuperación del derecho administrativo”, en: *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, 12ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2018.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot, 6ª edición, Buenos Aires, 1998

CIDONCHA, Antonio. *La Libertad de Empresa*. Editorial Arandi, SA, Navarra, 2006.

DAMSKY, Isaac Augusto. “Sobre la vigencia de los principios de organización administrativa”, en: *El derecho a los 100 números de la Revista de Derecho Público, 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

DE STEFANO PÉREZ, Alfredo. “La Constitución Económica y la Intervención del Estado en la Economía”, en: *El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara*. Estudios del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005.

GARCÍA PELAYO, Manuel. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Obras Completas, Volumen III*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

GRAU, María Amparo. *La inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

_____. *Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela* (Oxford, 2008), Editorial Texto, Caracas, 2009.

IVANEGA, Miriam Mabel. “Cuestiones acerca del control público” en *El derecho a los 100 números de la Revista de Derecho Público, 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 495

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Comentarios a la Constitución española. Obra colectiva*. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. Prólogo al libro de Grau, María Amparo: *La inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

_____. “Privatización de Empresas Públicas y Derecho Comunitario”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 133, enero-abril, Madrid, 1994.

RACHADELL, Manuel. *Evolución del Estado venezolano 1958-2015, de la conciliación de intereses al populismo autoritario*. Colección de Estudios Políticos N° 11. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

26. EL PRINCIPIO DEL TRATO NACIONAL A LA INVERSIÓN EXTRANJERA

José Gregorio TORREALBA R.*

Resumen: El Principio o Estándar de Trato Nacional es el más antiguo de los aceptados por la comunidad internacional para la regulación de las inversiones extranjeras. Los elementos de este se han venido desarrollando a partir de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales internacionales, dejando hoy en día un panorama bastante claro sobre los supuestos de hecho en los que puede ser invocado. La Constitución venezolana de 1999 consagra el Trato Nacional en términos que no se compaginan con la concepción moderna del Derecho Internacional de Inversiones, lo que limita la capacidad de negociación de tratados internacionales por parte de las autoridades competentes, además de actuar en sentido contrario a la promoción de las inversiones extranjeras.

Palabras clave: Trato Nacional. Arbitraje Internacional. Inversión Extranjera. Derecho Internacional de Inversiones.

Abstract: The Principle or Standard of National Treatment is the oldest of those accepted by the international community for the regulation of foreign investments. The elements of the same have been developed from the judicial precedents set by the International Court of Justice and international arbitration tribunals, leaving today a fairly clear panorama of the factual cases in which it can be invoked. The Venezuelan Constitution of 1999 establishes National Treatment in terms that do not fit in with the modern conception of International Investment Law, which limits the ability of the competent authorities to negotiate international treaties, in addition to acting contrary to the promotion of foreign investment.

Key words: National Treatment. International Arbitration. Foreign Investment. International Investment Law.

INTRODUCCIÓN

El principio o Estándar de Trato Nacional es uno de los más antiguos en el Derecho Internacional para el trato de los extranjeros y su propiedad por parte del Estado anfitrión. El papel de la expropiación fue fundamental para el desarrollo de los primeros estándares de trato, al punto que el derecho a que el extranjero recibiera una indemniza-

* Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje para el periodo 2019-2021. Profesor de la Especializaciones en Derecho Administrativo y Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018). Socio de Leğa, Londres, Reino Unido. Candidato al *PhD* (actual) y *LL.M.* (2004), *King's College London, University of London*; *Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María. Email: jtorrealba@lega.law y jgtorreal@outlook.com.

ción siempre estuvo ligado al “...principio que los extranjeros tienen el derecho, con respecto a su propiedad, a recibir, al menos, igualdad de trato con los nacionales del Estado expropiante”¹. Esto era el consenso existente antes de la I Guerra Mundial, a partir de la cual se dieron diversos sucesos que comentaremos *infra*, como la Revolución Bolchevique en Rusia en 1917 o la Revolución Mexicana y la Constitución que resultó ese mismo año y que consagró la función social de la propiedad. Estos eventos, que afectaron a nacionales y extranjeros por igual, resultaron en un quiebre del consenso sobre la aplicación del Trato Nacional como trato a ser otorgado a los extranjeros, surgiendo entonces lo que se conoce como el Estándar Internacional Mínimo, precisamente porque el trato dado a los nacionales en las revoluciones mencionadas no fue aceptable para los Estados de la nacionalidad de los extranjeros afectados. Esta es la esencia del Principio de Trato Nacional a la inversión extranjera.

En este trabajo analizaremos el contexto histórico ya descrito para entender el por qué de los elementos que actualmente reconoce la jurisprudencia internacional, particularmente surgida de tribunales arbitrales al analizar las disposiciones de múltiples Acuerdos Internacionales de Inversión, que incluyen los Tratados Bilaterales de Inversión y todos aquellos tratados que incluyan disposiciones dirigidas a la promoción y la protección de la inversión extranjera. Luego de exponer los diferentes criterios existentes en torno a los elementos que constituyen el Principio de Trato Nacional, contrastaremos la redacción del artículo 301 de la Constitución venezolana, que prevé en términos muy peculiares el Estándar de Trato Nacional.

Finalmente, haremos un balance sobre la conveniencia o no de tener una norma de rango constitucional que consagre un estándar de trato que el Derecho Internacional considera como relativo y no como un derecho adquirido o absoluto de los inversionistas extranjeros.

I. EL ESTÁNDAR DE TRATO NACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

1. *Estándar o Principio*

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra “Estándar” se define como “Que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia” (Real Academia Española de la Lengua², mientras que la definición de “Principio” es “Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”³. Las normas que protegen la inversión extranjera son indistintamente calificadas como principios o estándares por distintos y muy respetados autores y según las definiciones dadas, no están equivocados pues ambas tienen un significado común: son en el fondo una norma. No obstante, el uso más común es el de “estándar” entre los autores en el Derecho Internacional de Inversiones.

¹ Lowenfeld, A. *International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 392.

² Real Academia Española de la Lengua. Diccionario de la lengua española. Recuperado de <https://dle.rae.es/est%C3%A1ndar?m=form>

³ Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/principio?m=form>

Puede decirse que los estándares de trato a la inversión extranjera pueden ser clasificados como:

1. Absolutos: Cuando el estándar es parte del derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, no requiere estar expresamente consagrado en el ordenamiento jurídico, tales como el Estándar Internacional Mínimo o los estándares de trato justo y equitativo, no discriminación y el de total protección y seguridad.

2. Relativos: Requieren de una previsión expresa en el ordenamiento jurídico, tales como el Estándar de Trato Nacional y el de la Nación Más Favorecida. Puede decirse que son concesiones que hace el Estado receptor.

Ahora, los estándares tienen características propias en cuanto a la técnica jurídica con la que son redactados. González de Cossío indica que “Un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad, preservando la seguridad que el derecho debe dar. Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse. Un lineamiento del “legislador” al “juzgador”⁴. Para su interpretación, este autor nos indica que es necesaria la consideración de dos elementos: el objetivo, que es de carácter normativo, su núcleo, y el subjetivo, que es la experiencia e intuición del juzgador.⁵ El estándar puede ser asimilado a un concepto jurídico indeterminado, que da una amplia discreción al interprete para su aplicación y cuyo típico ejemplo es el del buen padre de familia. La característica elemental del estándar es la de ser redactado en una forma amplia que permita al interprete una gran flexibilidad, a diferencia de la regla, que pretende abarcar todos los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas.

2. *Antecedentes históricos del Estándar de Trato Nacional*

El Derecho Internacional de Inversiones es tan antiguo como el propio fenómeno de la inversión extranjera y sus orígenes, antes de poder ser identificado como una rama del Derecho Internacional Público, está vinculado con el tratamiento a los extranjeros y particularmente con el tratamiento de la propiedad de ciudadanos extranjeros. La semilla de lo que hoy conocemos como estándares de protección a la inversión extranjera se encuentra en el Estándar de Trato Nacional y no es algo que deba extrañarnos, siendo que los extranjeros de aquellos años que se establecían en un país distinto al suyo estaban sujetos a las mismas reglas que los nacionales de ese Estado⁶.

Bjorklund (2008) traza los orígenes del Estándar de Trato Nacional hasta los tratados de la Liga Hanseática en los Siglos XII y XIII⁷. Sornarajah identifica escritos europeos de la época de la expansión del imperio español en América (que comenzó en el Siglo XV) en las que identificó que “Una visión era que los extranjeros deberían recibir

⁴ González de Cossío, F. “Estándares en Arbitraje de Inversión ¿Choque de tradiciones?”. En Rodríguez Jiménez, Sonia y Wöss, Herfried, coordinadores, *Arbitraje en Materia de Inversiones*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2010, p. 57.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Brownlie, I. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press. Oxford 2003, p. 501.

⁷ Bjorklund, A., “National Treatment”. En Reinisch, A. *Standards of Investment Protection* Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 29-30.

un trato igual con los nacionales”⁸. Esta visión, según este autor, daría al comercio y la inversión la naturaleza de “derechos naturales”⁹. Dolzer y Schreuer identifican un tratado entre los Estados Unidos y Suiza que ya en 1850 expresaba claramente que sus ciudadanos se someterían a las mismas reglas aplicables a los nacionales del Estado anfitrión con respecto al pago de indemnización en casos de expropiación.¹⁰

En América, uno de los principales juristas que defendió el Principio de Trato Nacional fue el reconocido Carlos Calvo en 1868, cuando ya se discutía si el Trato Nacional era el estándar adecuado. La Doctrina Calvo se basa en exigir que los extranjeros solo puedan someter sus disputas con el Estado receptor de la inversión ante sus tribunales, sin derecho a buscar la protección diplomática del Estado de su nacionalidad o acceso a tribunales internacionales¹¹.

Pero para los países exportadores de capital, el trato dado a los nacionales de algún país importador de capital podría ser inaceptable. Root (1910), calificado como el abogado internacionalista más importante de los Estados Unidos en el primer cuarto del Siglo XX, advertía esta reacción sujetando al Principio de Trato Nacional a un estándar general, sin identificarlo propiamente, pero advirtiendo que, si el trato dado por un Estado determinado a sus nacionales no satisfacía la expectativa de este “estándar general”, ninguna otra nación estaba obligada a aceptarlo como trato hacia sus ciudadanos¹². Nació así el enunciado del Estándar Internacional Mínimo de trato y su relación con el Estándar de Trato Nacional.

Puede afirmarse que el Trato Nacional y el Estándar Internacional Mínimo de trato constituían la posición generalmente aceptada para el trato de la propiedad de los extranjeros, por lo menos hasta 1917, cuando irrumpió la Revolución Bolchevique en la Rusia de los Zares. El ataque fulminante a la propiedad privada en Rusia abarcó tierras, bancos, minas, fábricas, industria petrolera, y finalmente todo tipo de empresa o industria, fueron transferidos al Estado, sin prever –ni pagar– indemnización alguna. La deuda pública rusa también fue repudiada. Las naciones occidentales protestaron y declararon nulas todas las actuaciones rusas sobre sus nacionales. Sin embargo, y aunque nunca reconocieron expresamente su legalidad, tuvieron que conformarse con la situación ante la imposibilidad de obtener la indemnización de las propiedades de sus nacionales en Rusia.

⁸ Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press. Cambridge 2004, p. 18.

⁹ *Ib.*, p. 19.

¹⁰ Dolzer, R. y Schreuer, C. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press. Oxford 2008, p. 12.

¹¹ La denominada Cláusula Calvo ha sido adoptada –en su versión relativa– por la Constitución Venezolana en su artículo 151 en los siguientes términos: “En los contratos de interés público, si no fuere impropio de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”

¹² Root, E. *The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*, American Journal of International Law, N° 517, 1910, p. 521-2. Citado por Lowenfeld, A. *ob. cit.*, p. 392.

Paralelamente, también en 1917, México estrenaba nueva Constitución con un concepto jurídicamente novedoso: la función social de la propiedad. Esto no era interpretado como una posibilidad para expropiar sin pagar indemnización, pero sí como un elemento a tomar en cuenta para establecer su monto hasta el valor de mercado de la propiedad expropiada, aunque no necesariamente un pago oportuno, pues dependía también de la capacidad de las finanzas públicas, lo que también era tomado en cuenta para establecer el monto¹³.

Famoso es el intercambio epistolar entre el entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos Cordell Hull y su contraparte mexicana relacionado con la expropiación de propiedades de ciudadano estadounidense, en el que Hull definió el estándar de indemnización por expropiación, luego adoptado por el Derecho Internacional Consuetudinario y conocido como la *Fórmula Hull*: la indemnización *pronta, justa y adecuada*.

Por supuesto, México, al igual que otros países de Latinoamérica, invocaba la Doctrina Calvo, desarrollada a partir del Principio de Trato Nacional, respecto al trato otorgado a los extranjeros y a su propiedad, requiriendo, como hemos mencionado, que el extranjero no recurriera a la protección diplomática y que se sometiera a la jurisdicción local.

La Corte Europea de los Derechos Humanos en su sentencia dictada el 21 de febrero de 1986 en el caso *James & Others vs. Reino Unido*, dio cuenta de las razones subyacentes en la evolución hacia el estándar mínimo señalando que: (i) los extranjeros no juegan ningún papel en la elección del gobierno del Estado receptor de la inversión, y (ii) hay razones para considerar que los nacionales tienen una mayor carga en el interés público que los extranjeros¹⁴.

El estándar o Principio de Trato Nacional es entonces el estándar o principio seminal del trato a la inversión extranjera, a partir del que o en reacción al cual, han surgido y evolucionado otros estándares de trato.

II. EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL

1. *Naturaleza y alcance*

El Principio de Trato Nacional es un estándar convencional, relativo, a diferencia de su contraparte, el Estándar Internacional Mínimo, que se considera derecho internacional consuetudinario, un estándar absoluto. Hoy en día es aceptado que pueda existir cierto grado de discriminación hacia la inversión extranjera en relación con la inversión nacional. El típico ejemplo es el de reservar ciertos sectores de la economía sólo para la inversión local. Por tal motivo, puede asegurarse que el Trato Nacional es un estándar que es otorgado por el ordenamiento jurídico bien sea mediante el derecho interno o el internacional, mediante un tratado.

También podemos decir que se trata de un principio de trato mínimo a los inversionistas extranjeros. Puede otorgarse un trato igual al que se otorga a los nacionales, pero no un trato menos favorable y siempre en balance con los estándares absolutos.

¹³ Lowenfeld, *ob. cit.*, p. 394.

¹⁴ Dolzer, R. y Schreuer, C., *ob. cit.*, p. 13.

Pueden encontrarse diferencias en los términos de los diferentes tratados que prevén el Trato Nacional tomando como referencia la oportunidad en la que ese trato debe ser otorgado. Podemos hablar de Trato Nacional para el establecimiento, incluyendo protecciones a potenciales inversionistas y sus inversiones, que crea un derecho de entrada de la inversión al Estado receptor sin poder ser evaluada a objeto de su admisión¹⁵, o post-inversión, cuando ya se ha realizado la inversión en el país receptor¹⁶ y que otorga al inversionista extranjero el derecho a ser tratado igual que los inversionistas nacionales, pero permite establecer restricciones para su admisión. Así es el caso de todos los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Venezuela, en los que generalmente aparece junto con la cláusula de la Nación Más Favorecida, aunque con excepciones como el tratado con el Reino de los Países Bajos¹⁷, que adicionalmente vinculaba el Trato Nacional con el estándar de Plena Protección y Seguridad. Esto tiene efectos relevantes, pues permite aplicar en la práctica las limitaciones establecidas en las legislaciones locales que excluyen la inversión extranjera en algunos sectores.

El efecto general que busca la actual concepción del principio del Trato Nacional en los Acuerdos Internacionales de Inversión es el de facilitar el flujo de inversión más que controlarla o someterla, como era la concepción de la Doctrina Calvo. Dolzer y Schreuer ilustran esta situación al señalar que al establecer que el trato será “no menos favorable” que el otorgado a los inversionistas locales tiene como propósito el limitar la discriminación negativa contra los extranjeros. La concepción anterior del Principio de Trato Nacional era la de limitar los derechos del inversionista derivados del Derecho Internacional.

La fórmula de establecer el Trato Nacional como un estándar de trato básico, resuelve el problema que representa la posibilidad de que el trato a los inversionistas nacionales no cumpla con el Estándar Internacional Mínimo, pues deja abierta la posibilidad de aplicar un trato superior. Lo anterior tiene su raíz en la concepción liberal y globalizadora de estos acuerdos, pero no podemos dejar de resaltar que otorgar un Trato Nacional pleno no ha sido la regla y los Estados no son proclives a otorgarlo.

Sornarajah identifica algunas áreas en las que el Trato Nacional puede tener un impacto en la imposición de obligaciones sobre el establecimiento de la inversión, tales como cuotas de exportación, empleo de personal local y su ubicación en lugares que requieran elevar el nivel de industrialización. Estos requisitos son generalmente impuestos por la legislación nacional y constituyen un trato distinto al que normalmente se les otorga a los inversionistas nacionales, a los que generalmente no se les imponen algunas restricciones de este tipo. En materia de contratos con entes gubernamentales pueden darse la existencia de incentivos para favorecer a la industria local, tales como las medidas para el Desarrollo Económico previstas en la Ley de Contrataciones Públicas¹⁸ venezolana en sus artículos 11 y siguientes. En el caso *ADF Group Inc. Vs. Esta-*

¹⁵ Sornarajah, *ob. cit.*, p. 320.

¹⁶ Bjorklund, *ob. cit.*, p. 32.

¹⁷ Denunciado por Venezuela el 1 de noviembre de 2008.

¹⁸ Venezuela, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

*dos Unidos de América*¹⁹, un reclamo fundamentado en la violación del Trato Nacional previsto en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el inversionista canadiense demandó a Estados Unidos por haberlo obligado a comprar materiales fabricados localmente, aunque a un mayor costo, para poder cumplir con la obligación de compras con componente local impuesta por el programa “*buy America*”. El tribunal determinó que no había violación al Trato Nacional pues esta obligación era impuesta tanto a contratistas nacionales como extranjeros y que aun si esta obligación pudiera constituir un requisito de funcionamiento de la inversión, estaría cubierto por la excepción prevista en el tratado para las contrataciones públicas.

La aplicación del Trato Nacional posterior al establecimiento de la inversión también ha sido objeto de disputas. En el caso *S.D. Mayers vs. Canadá*²⁰, el tribunal examinó una denuncia de violación al Principio de Trato Nacional en el TLCAN debido a una prohibición de exportación de desechos que el inversionista, de nacionalidad estadounidense, pretendía procesar en una planta de tratamiento de desechos en los Estados Unidos. Canadá impedía esta operación obligando al inversionista a utilizar plantas de tratamiento de desechos en su territorio. El tribunal determinó que efectivamente había una violación al Estándar de Trato Nacional.

El proteccionismo sobre industrias nacientes en el Estado receptor también puede entrar en conflicto con el Principio de Trato Nacional. Según Sornarajah, la protección de estas industrias en un estado temprano de desarrollo asegura que pueda sobrevivir hasta que pueda estar en condiciones de competir con inversionistas extranjeros²¹. Sin embargo, por muy altruista que pueda ser la finalidad de proteger al inversionista local o de evitar que se produzcan posiciones de dominio en el mercado, este tipo de protecciones violan el Principio de Trato Nacional tal como se encuentra concebido y previsto en los Acuerdos Internacionales de Inversión. La solución es aprovechar los instrumentos legales disponibles para el Estado receptor si se ha previsto el Trato Nacional para la etapa posterior al establecimiento y restringir entonces la entrada de inversionistas extranjeros en los sectores que se desea proteger. Sin embargo, para el desarrollo económico, el Estado debe siempre monitorear el crecimiento de los sectores excluidos de inversión extranjera y eliminar las medidas proteccionistas gradualmente, para obligar al inversionista local a robustecer sus inversiones y tener la capacidad para competir libremente con los inversionistas extranjeros. Los subsidios, como forma de proteger la industria local, también pueden ser violatorios al Estándar de Trato Nacional si no se les ha excluido expresamente²².

2. *Los elementos*

El Principio de Trato Nacional implica una limitación a la discriminación en base a la nacionalidad, lo que es particularmente evidente cuando se encuentra consagrado en conjunto con la prohibición de tratos discriminatorios o arbitrarios.

¹⁹ Recuperado de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>

²⁰ Recuperado de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>

²¹ Sornarajah, *ob. cit.*, p. 327.

²² *Ibidem*.

Los elementos que deben tomarse en cuenta para evaluar si se ha violado el Principio de Trato Nacional fueron señalados por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Elettronica Sícula S.p.A* (Estados Unidos vs. Italia): (i) debe haber intención de discriminar, (ii) en favor de un nacional, (iii) en contra de un inversionista extranjero, y (iv) que la medida no sea dirigida a algún nacional en circunstancias similares²³. En el caso *S.D. Mayers* que hemos mencionado *supra*, el tribunal señaló que para evaluar si una medida es contraria a la norma del Trato Nacional, los siguientes factores deben ser tomadas en cuenta: “Si el efecto práctico de la medida es crear un beneficio desproporcionado para los nacionales sobre los no nacionales” y “si la medida aparenta favorecer a sus nacionales sobre los no nacionales protegidos por el tratado”.

Como puede observarse, el punto crucial para determinar si existe una violación al Trato Nacional es la discriminación en contra del inversionista extranjero para favorecer la inversión nacional. Para que pueda considerarse que existe un elemento discriminatorio, el punto de comparación es un punto fundamenta.

A. *Las circunstancias o situaciones similares*

Tal como apuntan Dolzer y Schreuer, “...el primer paso en la aplicación de la regla a un caso concierne la comparación del inversionista extranjero con el inversionista doméstico...”²⁴, luego debe establecerse si efectivamente ha tenido lugar el trato discriminatorio y finalmente, si la medida ha sido tomada sin justificación, método que también identifica Bjorklund²⁵. A tal efecto, para Dolzer y Schreuer existe la posibilidad de compararlos de una manera restringida, referida al ejercicio de la misma actividad económica, o de una forma amplia, considerando que ambos se desempeñen en el mismo sector de la economía, aunque no necesariamente en la misma actividad, pero el eje central es la similitud de circunstancias o situaciones entre ambos.

Los tribunales arbitrales que han resuelto el argumento de la violación del Trato Nacional no han aplicado un criterio uniforme hasta ahora. Bjorklund encuentra la justificación a esta falta de uniformidad en la práctica de la Organización Mundial del Comercio utilizada por el tribunal arbitral en *S.D. Mayers* según el cual “El acordeón de similitud se expande o se comprime en diferentes lugares mientras diferentes normas del acuerdo de la OMC sean aplicadas”. También se apoya en el laudo del caso *Pope & Talbot vs. Canadá*, según el cual, “...por su propia naturaleza, “circunstancias” son dependientes del contexto y no tienen un sentido inalterable a través del espectro de situaciones de hecho... el concepto de “similar” puede tener un rango de significados, desde “similar” a “idéntica””²⁶.

Algunos tribunales han interpretado que el concepto “circunstancias similares” se refiere a que el inversionista extranjero y el nacional contra el cuál se le compara, deben participar en la misma actividad económica.

En el caso *Feldman vs. México* la interpretación fue restrictiva al exigir que el inversionista extranjero y el local se desempeñaran en la misma actividad económica,

²³ *Ib.* p. 35.

²⁴ Dolzer, R. y Schreuer, C., *ob. cit.*, p. 180.

²⁵ Bjorklund, *ob. cit.* p. 37.

²⁶ *Ib.* p. 39.

mientras que en *Occidental vs. Ecuador* el tribunal se decantó por el extremo opuesto, estableciendo la comparación con productores locales “en general” y en *S.D. Mayers* el tribunal consideró que “sector” debía ser asumido en un sentido amplio, que incluya los conceptos de “sector económico” y “sector de negocios”²⁷.

B. *La competencia entre el inversionista extranjero y el nacional*

Otra importante tendencia, vinculada con la comparación sobre la base de la actividad o sector económico, es la de establecer si existe competencia entre el inversionista extranjero y el nacional a los efectos de la comparación. En otras palabras, para ser violatoria del Trato Nacional, una medida debe afectar al inversionista extranjero en favor de un competidor local que se encuentre en circunstancias similares. Este enfoque reduce las posibilidades de generalizar en la comparación. Una excepción notoria a este enfoque la constituye el laudo del caso *Occidental vs. Ecuador*²⁸, dictado bajo las reglas del *London Court of International Arbitration*, en el que como ya mencionamos, el tribunal decidió comparar el trato dado por Ecuador al inversionista extranjero con la generalidad de las empresas de la economía ecuatoriana y no con las empresas nacionales del mismo sector en el que se desempeñaba el inversor foráneo.

El punto más importante para determinar si dos actores económicos son competidores es la determinación del mercado relevante, un concepto manejado en el Derecho de Libre Competencia o *Antitrust*. A tal efecto, no es necesario que los actores compitan con productos o servicios idénticos, sino que se pueda sustituir uno por otro, lo que se permite determinar el “mercado producto”. El tribunal también debe considerar el “mercado geográfico”, que viene dado por el área territorial en el que compiten los actores económicos. Manejar estos conceptos al momento de realizar la comparación pertinente, permitiría un mayor grado de precisión.

Sin embargo, esto no es un punto plenamente aceptado. En *Methanex*, aun cuando había quedado establecido que el metanol era un producto que competía con el etanol en el mercado de la gasolina oxigenada, el tribunal interpretó que el artículo 1102 del TLCAN no contenía previsión alguna que sugiriera que el Trato Nacional debía medirse sobre la base de productos o bienes directamente competitivos o sustituibles entre ellos.²⁹

C. *La legitimidad de la medida*

Pero como hemos mencionado antes, cierto grado de discriminación puede ser permisible y el Estado receptor de la inversión siempre podrá encontrar una eximente de responsabilidad si establece la legitimidad de la medida supuestamente violatoria del Trato Nacional, lo que colocaría al inversionista extranjero en una circunstancia distinta a la de la referencia nacional con la que se compara. Al comentar el caso *Pope & Talbot*, Bjorklund resalta que si el inversionista extranjero ha podido demostrar un trato diferencial con un inversionista nacional en el mismo sector económico “... la carga

²⁷ Dolzer, R. y Schreuer, C., *ob. cit.*, p. 180.

²⁸ Bjorklund, *ob. cit.*, p. 37. Laudo arbitral. Recuperado de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-do-cuments/ita0571.pdf>

²⁹ *Ib.* p. 46.

pasa al demandado para demostrar que algún objetivo legítimo del gobierno justificó el trato diferencial y por lo tanto demostrar que los dos –*el extranjero y el nacional*– no estaban realmente en circunstancias similares³⁰. Un enfoque similar fue dado por el tribunal en el caso *Feldman vs. México*, aunque en este caso el tribunal no aclaró si no existían circunstancias similares entre el inversor extranjero y el nacional o si aun existiendo, México tenía razones legítimas para justificar el trato diferencial.³¹

Por el contrario, aun cuando el aspecto de la competencia entre los productos o servicios no fue tratado en el laudo del caso *United Parcels Service Inc. Vs Canadá*, el voto disidente del árbitro Ronald A. Cass no deja lugar a dudas al mencionar que “En mi opinión –sujeta a una persuasiva contradicción por parte de Canadá– la evidencia de UPS de las similitudes esenciales de los productos de UPS y *Canada Post*, sus consumidores y los usos de sus productos de envío, junto a la evidencia de competencia directa y abierta competencia entre *UPS Canada* y *Canada Post*... más que cumple el test de circunstancias similares³². Bjorklund agrega que la relación de competencia no es necesaria cuando el Estado toma ventaja de la posición dominante del inversionista extranjero para imponerles una carga³³, pero consideramos que esto se inserta dentro de los límites al Principio de Trato Nacional derivados de la legitimidad de la medida cuestionada, que puede consistir incluso en el ejercicio de la Actividad Administrativa de Policía.

D. *El trato menos favorable*

Según Bjorklund no hay nada en el lenguaje utilizado en los tratados que exija una práctica sistemática a los efectos de considerar una violación al Trato Nacional, tampoco en la práctica ha sido esto el resultado. Por el contrario, al comentar el artículo 15 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional³⁴, la autora señala que el punto crucial de esa disposición es “...que ciertas violaciones consisten en actos compuestos y que tal violación puede extenderse durante un período de tiempo; no es que solo los actos compuestos puedan constituir una violación a las obligaciones del Estado³⁵.”

Ahora, lo que sí debe existir en conjunto con las “circunstancias similares”, es el trato menos favorable en comparación al inversionista nacional con el que no debe existir una discriminación negativa de hecho o de derecho. El efecto práctico de la medida

³⁰ *Ib.* p. 43.

³¹ *Ibidem.*

³² *United Parcels Services Inc. Vs Canadá* (TCLAN), Opinión concurrente y disidente del árbitro Ronald A. Cass, 24 de mayo de 2007, párrafo 26. Recuperado de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0885.pdf>

³³ *Ib.* p. 48.

³⁴ Artículo 15: Violación consistente en un hecho compuesto:

1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

³⁵ Bjorklund, *ob. cit.*, p. 43.

es lo que ha venido a determinar la procedencia de la denuncia, junto con el elemento de la nacionalidad como causa del trato discriminatorio. Bjorklund clasifica en esta tendencia los casos *Loewen vs. Estados Unidos de América*, *Consortium RFCC vs. Marruecos*, *Pope & Talbot vs. Canadá*, *Noble Ventures vs. Rumania*, y *LG&E vs. Argentina*, mientras que en *Enron vs. Argentina* el tribunal se limitó a considerar la discriminación era o no justificada, sin referirse a la nacionalidad como factor determinante³⁶.

Resulta claro entonces que la medida debe tener un efecto que perjudique al inversionista extranjero y si el referente es un inversionista nacional en circunstancias similares, el aspecto discriminatorio de la medida debe estar fundamentado en la condición de extranjero.

III. EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

La primera Constitución venezolana, promulgada en 1811, establecía en su artículo 169:

Artículo 169. Todos los extranjeros, de cualquiera nación, se recibirán en el Estado. Sus personas y propiedades gozarán de la misma seguridad que las de los demás ciudadanos, siempre que respeten la Religión Católica, única del País y que reconozcan la independencia de estos pueblos, su soberanía y las autoridades constituidas por la voluntad general de sus habitantes³⁷.

Aun cuando condicionado, la citada norma establecía el Principio de Trato Nacional en los términos del consenso presente en la comunidad internacional antes de la I Guerra Mundial y a partir de esta norma, el principio ha estado presente en todas las constituciones venezolanas con algunas variaciones en su redacción. La Constitución de 1830 admitió la posibilidad de excepciones que pudieran disfrutar los extranjeros según tratados vigentes³⁸, para volver luego a consagrar una igualdad absoluta entre extranjeros y nacionales en la Constitución de 1857³⁹. La Constitución venezolana de 1881 mantuvo la misma postura, agregando la posibilidad de usar la protección diplomática en los casos permitidos por el derecho⁴⁰, posibilidad que no fue incluida en la redacción de la Constitución de 1901, que mantuvo la igualdad de trato entre nacionales y extran-

³⁶ *Ibidem*, pp. 49-54.

³⁷ Venezuela, Constitución Federal para los Estados de Venezuela. Recuperado de: http://www.cervantes-virtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/obra-visor/constitucion-federal-de-los-estados-de-venezuela-21-de-diciembre-1811/html/86de8dbc-4b14-4131-a616-9a65e65e856a_2.html#I_34_

³⁸ Artículo 218.- Todos los extranjeros de cualquiera nación serán admitidos en Venezuela. Así como están sujetos a las mismas leyes del Estado que los otros ciudadanos, también gozarán en sus personas y propiedades de la misma seguridad que éstos; sin que por esta disposición queden invalidados, ni alterados, aquellas excepciones de que disfrutaban, según tratados vigentes

³⁹ Artículo 113.- Todo extranjero de cualquier nación será admitido en Venezuela. Así como estará sujeto a las mismas leyes del Estado que los venezolanos; también gozará en su persona y propiedades de las mismas garantías que éstos.

⁴⁰ Artículo 10.- Los extranjeros gozarán de los mismos derechos civiles que los venezolanos, y en sus personas y propiedades, de la misma seguridad que los nacionales. Sólo podrán usar de la vía diplomática según los tratados públicos y en los casos que el derecho lo permita.

jeros sin excepciones⁴¹. Posteriormente, las constituciones dictadas en 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936 y 1945 replicaron la misma redacción que mantenía la ya para entonces superada concepción restrictiva del Trato Nacional como límite, aun cuando ya se habían dado los sucesos que habían roto el consenso en cuanto al Trato Nacional. La norma relevante de estas constituciones expresaba que “Los derechos y deberes de los extranjeros los determina la ley; pero en ningún caso podrán ser mayores que los de los venezolanos”.

Es en la Constitución de 1961 que la norma sobre el Trato Nacional se adapta a los postulados modernos que conciben el Principio de Trato Nacional como un estándar de base, en términos similares a lo establecido por la Constitución de 1830:

“Artículo 45. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas por esta Constitución y las leyes. Los derechos políticos son privativos de los venezolanos, salvo lo que dispone el Artículo 111.”

Dentro de esas excepciones consagradas por la Constitución de 1961 podemos clasificar las distintas disposiciones de los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Venezuela durante su vigencia, pues todos consagraron el Estándar de Trato Nacional como un tratamiento no menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales.

Si nos ubicamos en el contexto histórico del Derecho Internacional en el que fue dictada la Constitución venezolana de 1811, que ya hemos relatados arriba, el principio aceptado en la era del denominado “consenso” era que el extranjero debía recibir, al menos, el mismo trato que los nacionales. Fue avanzada la Constitución de 1830 al consagrar la posibilidad de excepciones previstas en tratados internacionales y luego la Constitución de 1961 con una previsión similar de excepciones.

Por otra parte, y como hemos podido observar, el Principio de Trato Nacional es probablemente uno de los estándares básicos del Derecho Internacional de Inversiones y ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia arbitral y la doctrina. A casi un siglo de los eventos que dieron lugar a la ruptura de lo que Lowenfeld denominó el consenso, la Constitución venezolana de 1999 consagró, en franco retroceso, el Principio de Trato Nacional manteniendo la esencia de la mayoría de las constituciones venezolanas, como un límite de trato a los inversionistas extranjeros. En efecto, el artículo 301 establece:

“Artículo 301. El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional”.

Luego de haber recorrido el origen y propósito del Estándar de Trato Nacional a la inversión extranjera, es fácil observar las inconsistencias de la norma constitucional venezolana con la concepción moderna de este principio al consagrarlo como un límite

⁴¹ Artículo 13.- Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales. Por tanto, la Nación no tiene ni reconoce a favor de los extranjeros ningunas otras obligaciones ni responsabilidades que las que a favor de los nacionales haya establecido en igual caso en la Constitución y en las leyes.

máximo al trato que debe otorgarse a los inversionistas e inversiones extranjeras y no como un estándar básico. Esto, por supuesto, colide con todas las disposiciones de los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por Venezuela hasta la fecha⁴².

Pero, además, vale la pena recordar que solo unos pocos meses antes de la sanción de la nueva Constitución en 1999 por la Asamblea Nacional Constituyente de aquel año, el entonces Presidente de la República había dictado el Decreto N° 356, con rango y fuerza de Ley que establece el Régimen de Promoción y Protección de Inversiones⁴³, cuyo artículo 7 establecía el Principio de Trato Nacional de manera alineada con su concepción moderna:

“Artículo 7°. Las inversiones y los inversionistas internacionales *tendrán los mismos derechos y obligaciones a las que se sujetan las inversiones y los inversionistas nacionales en circunstancias similares*, con la sola excepción de lo previsto en las leyes especiales y las limitaciones contenidas en el presente Decreto-Ley.

Parágrafo Primero: Mediante Ley, podrán reservarse determinados sectores de la actividad económica, al Estado o a inversionistas venezolanos. Lo previsto en este Decreto-Ley no afecta las reservas existentes para la fecha de entrada en vigencia de este Decreto-Ley.

Parágrafo Segundo: Las inversiones internacionales no requerirán de autorización previa para realizarse, excepto en los casos en que la ley expresamente así lo indique.”

Recordemos que la norma citada entró en vigencia durante los últimos meses de vigor de la Constitución de 1961, por lo que se justificaba una redacción en esos términos y adicionalmente, también debe recordarse que ya para ese momento, Venezuela contaba con una amplia gama de Tratados Bilaterales de Inversión y que estos constituyen *lex specialis* entre sus partes, por lo que la Ley de Promoción y Protección de Inversiones tenía un carácter subsidiario en cuanto a los inversionistas protegidos por estos tratados.

La denominada “Ley Constitucional” para la Inversión Extranjera Productiva, prevé en su artículo 3 que “Esta Ley Constitucional se fundamenta en los principios de soberanía, independencia, integridad territorial, solidaridad, honestidad, eficacia, eficiencia, transparencia, cooperación, seguridad jurídica, igualdad de trato entre los inversionistas extranjeros y nacionales, complementariedad económica y productiva”. Puede decirse que esta norma refleja lo expresado por el artículo 301 de la Constitución de 1999.

La intención del Constituyente

La norma contenida en el artículo 301 de la Constitución venezolana fue objeto de un amplio debate en las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente. El Constituyente Alfredo Peña, en nombre de la comisión especial compuesta por Antonio Rodríguez, Gastón Parra Luzardo, Rodolfo Sanz, Raúl Esté, David De Lima, Luis Vallenilla,

⁴² Vid. Alarcón Daza, B. *La apertura económica y el régimen de la inversión extranjera en Venezuela*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2000, p. 177.

⁴³ Venezuela, *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Protección de Inversiones*, publicado en Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999.

Manuel Quinada, Antonio Di Giampaolo y Miguel Garranchán, fue el encargado de presentar a la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente el informe contentivo de las diferentes propuestas que tendrían que ver con “El régimen socioeconómico y el papel del Estado en la economía”.

Esta presentación tuvo lugar el 7 de noviembre de 1999 durante las sesiones de la primera discusión del anteproyecto de Constitución. El Trato Nacional tuvo un peso tan importante en la intención del Constituyente que, en el mencionado informe, según se puede leer en el diario de debates, la primera vez que se menciona la inversión extranjera fue para declarar que “Venezuela se declara como un país abierto a la inversión extranjera y garantiza que éstas estarán sujetas a las mismas condiciones que la inversión nacional”⁴⁴. Varios miembros de la Asamblea tomaron la palabra para debatir sobre esta norma. Claudio Fermín expresó, entre otras consideraciones: “...esto es absolutamente innecesario. Nosotros... aprobamos hace más de 15 días un artículo de esta Constitución que se refiere a la igualdad ante la ley. Si existe igualdad ante la ley esto es redundante. La igualdad ante la ley significa justamente que no se le podrá negar a unos los que se les concede a otros en igualdad de condiciones”⁴⁵. Brewer-Carías por su parte proponía simplificar la redacción dejando solo la última frase “La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional”, agregando que “la ley regulará la participación del capital extranjero en el desarrollo económico nacional”. Franceschi advertía lo inconveniente de incorporar esta norma al texto constitucional por considerarla un obstáculo para la negociación de acuerdos internacionales en materia comercial. Portocarrero se plegó a la posición de Fermín al identificar el Trato Nacional con el derecho de igualdad ante la ley y proponía dejar el estándar de trato al capital extranjero a la ley, excluirlo de la Constitución. Castro Soteldo expresaba que “...se trata de dar igualdad de tratamiento...”, formulando la propuesta que sería finalmente aprobada por la plenaria de la Asamblea.

Los puntos que pueden destacarse de este debate y que comentaremos seguidamente son:

1) La recurrente interpretación de que el Estándar de Trato Nacional es equiparable al derecho a la igualdad ante la ley.

El Trato Nacional pretende proteger al inversionista extranjero contra la discriminación negativa frente a los inversionistas nacionales del Estado receptor de la inversión, cierto. Pero hay varias cosas que destacar y dependen, básicamente, de la perspectiva. Desde el punto de vista del Estado, lo normal es que exista una tendencia a la protección de sus nacionales, incluyendo, por supuesto, sus inversionistas frente a la entrada de inversionistas extranjeros que pueden entrar al mercado con capitales mucho mayores, mejor tecnología, etc. El inversionista extranjero puede estar preparado para cierto grado de proteccionismo, que de hecho es aceptable, como hemos visto por ejemplo con la reserva de sectores de la economía a inversionistas nacionales. Es posible también que el Estado receptor establezca requisitos para la admisión de la inversión ex-

⁴⁴ Asamblea Nacional Constituyente (1999), Diario de Debates, Tercer Volumen, p. 574. Recuperado: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/06/ANC.-Actas.-Vol-III.-Oct.-Nov-1999.pdf?lang=en>

⁴⁵ *Ib.*, p. 618.

trajera, que no son exigidos para la inversión nacional. Por lo tanto, si bien es cierto que el derecho a la igualdad ante la ley es generalmente aceptado una vez que la inversión o el inversionista han hecho entrada al territorio, no es menos cierto que el núcleo esencial de ese derecho no se ve violentado por regular ciertos aspectos de la actividad de los extranjeros, como ya hemos mencionado anteriormente, que incluso pueden excluirlos de ciertos sectores de la economía.

La importancia de establecer que el Trato Nacional es un estándar de base, como se encuentra redactado en los tratados bilaterales de inversión suscritos por Venezuela, tiene implicaciones prácticas que es mejor ilustrarla con ejemplos concretos. En tal sentido, podemos hacer referencia a la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos⁴⁶ que reza en su artículo 6:

El Ejecutivo Nacional, podrá decretar la expropiación, total o parcial de las acciones o bienes de las empresas que realizan los servicios referidos en los artículos que anteceden, de conformidad con lo previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. El ente expropiante será Petróleos de Venezuela S.A., (PDVSA) o la filial que ésta designe.

Para el cálculo de justiprecio de los bienes antes referidos, en ningún caso se tomarán en cuenta ni el lucro cesante ni los daños indirectos, y para la valoración de los bienes se aplicará el criterio de valor en libro y se deducirán los pasivos laborales y ambientales determinados por las autoridades competentes, si fuere el caso. El tiempo de la posesión derivada de esta Ley será computado a los fines de la justa indemnización. El pago podrá ser efectuado con dinero efectivo, títulos valores u obligaciones de personas jurídicas públicas. Los Tribunales competentes para conocer de los juicios de expropiación interpuestos por la República, conocerán de los procesos expropiatorios previstos en la presente Ley.

La Constitución Venezolana prevé el pago oportuno de justa indemnización cuando una propiedad ha sido expropiada, pero no establece cuál es el estándar de avalúo para determinar si la indemnización es justa o no. Esto no es de extrañar, aun el Derecho Internacional de Inversiones aplica diversos métodos de avalúo para determinar el justo valor de una propiedad que ha sido expropiada. Lo cierto es que se entiende que se trata del valor de mercado de esa propiedad antes de que se decrete o se anuncie la expropiación. Determinar ese valor es el punto crucial de una expropiación.

Pero aun más importante es el pago del monto que sea determinado en el avalúo. El artículo citado estableció que el pago podría ser "...efectuado con dinero efectivo, títulos valores u obligaciones de personas jurídicas públicas...", derogando a los efectos de las expropiaciones realizadas en ejecución de esta ley, las disposiciones de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social que prevé el pago en efectivo⁴⁷, que es lo que se considera una indemnización adecuada.

⁴⁶ Venezuela, *Ley que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos*, publicada en Gaceta Oficial N° 39.173 del 7 de mayo de 2009

⁴⁷ *Vid.* Muci Borjas, José Antonio. "La Ley venezolana que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos: un ilícito de derecho internacional. Análisis conforme a los Tratados Bilateral de Inversión (BIT'S)", *Revista de Derecho Público*. 118 (abril-junio), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2009, pp. 113-127. Recuperado de: http://www.ulpianoorg.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/118/rdpub_2009_118_113-127.pdf

Los inversionistas venezolanos que se vieron afectados por las expropiaciones ejecutadas en base a la mencionada ley debieron someterse al estándar de avalúo previsto en el artículo 6 antes mencionado, que resulta en un valor evidentemente menor al valor de mercado. Si el Trato Nacional fuera interpretado como una igualdad absoluta entre el inversionista nacional y el extranjero, este último no habría podido reclamar una indemnización justa bajo los estándares del Derecho Internacional, es por ello que constituye un estándar de base y no un límite máximo.

En un ejemplo concreto, en el caso *Tidewater vs. Venezuela*⁴⁸ el inversionista que fue expropiado en ejecución de la ley *in comento*, invocó un estándar de avalúo acorde con el Tratado Bilateral de Inversiones entre Venezuela y Barbados y el tribunal arbitral aplicó el método de Flujo de Caja Descontado, ampliamente aceptado en el Derecho Internacional para el avalúo de empresas en marcha objeto de expropiaciones. Pero lo que hace más evidente que el Estándar de Trato Nacional, en los términos previstos en el artículo 301 tantas veces mencionado, no podía ser aplicable en este caso es que la defensa del Estado nunca lo alegó para aplicar el estándar de Valor en Libro previsto en el artículo 6 *eiusdem*.

El citado ejemplo es claro en cuanto a que el Trato Nacional redactado de la manera en que lo está en la Constitución venezolana, no es efectivo para limitar el derecho de un inversionista extranjero, por lo menos cuando se encuentre protegido por un Tratado Bilateral de Inversiones. Nótese además que el artículo 3 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Venezuela y Barbados, fundamento del caso *Tidewater*, prevé el Trato Nacional como un estándar de base⁴⁹, en claro conflicto con la norma Constitucional.

2) *La identificación de los obstáculos que podrían presentarse al establecer al Trato Nacional como un estándar de límite máximo y no de base, como habría sido lo correcto.*

El problema planteado por el constituyente Franceschi es un tema importante desde el punto de vista interno, nacional, pues es un mandato constitucional que los órganos de todas las ramas del Poder Público deben seguir. En el caso de la negociación de tratados internacionales, la norma contenida en el artículo 301 de la Constitución efectivamente vincula a las autoridades venezolanas al momento de negociar un tratado internacional, pero siempre hay que tomar en cuenta que una vez que un Estado, cualquiera, se ha comprometido a una determinada obligación, como podría ser el otorgar el Trato Nacional a los inversionistas de otro Estado, el derecho interno no podrá ser alegado para excusar su incumplimiento. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁰ establece en su artículo 27 que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

⁴⁸ Recuperado de: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C961/DC5612_Sp.pdf

⁴⁹ Artículo 3.1. Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a las inversiones o rendimientos de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que aquel que otorgue a las inversiones o rendimientos de sus propios nacionales o sociedades...”

⁵⁰ Venezuela no es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero esta convención es reconocida como el reflejo actual de la práctica de los Estados y por lo tanto del Derecho Internacional Consuetudinario. Recuperado de: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

Esto es una doctrina establecida en la jurisprudencia del Derecho Internacional, al menos desde 1872 en el arbitraje del caso *Reclamos de Alabama*⁵¹. En 1932 cuando la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Free Zones*⁵² decidió que el Estado demandado no podía fundamentarse en su derecho interno para excusar la violación de una obligación internacional y anteriormente, en la opinión que emitió en el caso *Comunidades Greco-Búlgaras*⁵³, la misma Corte se refirió a este razonamiento como un principio del Derecho Internacional según el cual las normas de derecho interno no pueden prevalecer sobre un tratado.

Además, el artículo 46 *eiusdem* señala:

“Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”

La pregunta que sigue es si ¿toda norma constitucional es una norma de importancia fundamental para el derecho interno? La respuesta es negativa. Una cosa es que sea negociado un tratado que afecte la existencia misma del Estado y otra es una como la contenida en el artículo 301 de nuestra Constitución, que consagra el Trato Nacional como límite en el trato de la inversión extranjera. Para un tribunal internacional, el principio mencionado anteriormente sobre la prevalencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno aplica plenamente, incluso en relación con normas constitucionales. La ya mencionada Corte Permanente de Justicia Internacional también se pronunció sobre este aspecto específico en el caso *Nacionales Polacos en Danzing*⁵⁴, afirmó que “...un Estado no puede aducir frente a otro Estado su propia Constitución con miras a eludir las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o de tratados vigentes”.

Tal y como menciona Brownlie⁵⁵, cuando el derecho interno es contrario a las obligaciones del Estado en el marco del Derecho Internacional, bien surjan estas de la costumbre o de tratados internacionales, existe un deber general de adaptar la legislación nacional a estas obligaciones. Esto no quiere decir que la falta de adaptación del derecho nacional sea un incumplimiento de la obligación asumida por el Estado conforme al Derecho Internacional, por lo que este aspecto no genera responsabilidad internacional del Estado, que sí surge cuando deja de cumplir la obligación misma.

En consecuencia, la norma establecida en el artículo 301 de la Constitución venezolana efectivamente vincula a los organismos nacionales competentes para negociar, suscribir y ratificar tratados internacionales. No obstante, si un tratado internacional

⁵¹ Moore. *Arbitrations*, citado por Brownlie, *ob. cit.*, 1872, p. 34.

⁵² Corte Permanente de Justicia Internacional. *Ibidem*. 1932.

⁵³ Corte Permanente de Justicia Internacional. *Ibidem*. 1930.

⁵⁴ Corte Permanente de Justicia Internacional. *Ib.* 1931, p. 35.

⁵⁵ Brownlie, *ob. cit.*, p. 35.

incluye una norma que otorgue Trato Nacional en como estándar básico de trato, particularmente relacionado con la promoción y protección de las inversiones extranjeras, el Estado quedará obligado en los términos del mencionado tratado.⁵⁶

El Derecho Comparado

Sin pretender hacer un comentario exhaustivo de las diferentes normas contenidas en tratados, legislación comunitaria, constituciones y leyes que prevén el Trato Nacional, vale la pena comentar el estado de algunas que puedan servir de referencia. Pocas constituciones latinoamericanas incluyen una norma similar a la establecida en nuestro artículo 301 de la Constitución venezolana. La Constitución peruana prevé en su artículo 63 que “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones”⁵⁷. La Constitución de Honduras señala en el único aparte del artículo 336 que “Las empresas extranjeras se sujetarán a las leyes de la República”, lo que no necesariamente quiere decir que la inversión extranjera recibirá el Trato Nacional, pues la ley puede establecer diferentes controles, requisitos de admisión y de otra índole, tal como está enunciado en su encabezado.

La Constitución boliviana de 2009 contiene una norma que también coloca el Trato Nacional como límite máximo del estándar de trato a la inversión extranjera. En efecto, el artículo 320 expresa *ab literam*: “...No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos”.

A nivel de los órganos de integración regional, la Decisión 291 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones prevé en su artículo 2 que “Los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada País Miembro”⁵⁸. Por su parte, el Mercado Común del Sur (Mercosur), cuya regulación en materia de inversión extranjera está dividida en inversión extranjera intra-Mercosur, en el Protocolo de Colonia⁵⁹, e inversión extranjera extra-Mercosur, regulado por el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no partes del Mercosur⁶⁰, instrumentos que no han entrado en vigencia, prevén en términos similares el otorgamiento de “...un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales...”.

La igualdad de trato entre inversionistas extranjeros y nacionales es una tendencia clara en la región. Sin embargo, las únicas normas que expresamente establecen un límite al trato de los extranjeros son las previstas en las constituciones de Bolivia y Venezuela. La normativa de los organismos de integración regionales en Suramérica tiene dos posiciones claramente marcadas. La de la Comunidad Andina de Naciones, que

⁵⁶ Luego de la entrada en vigor de la Constitución venezolana de 1999, fueron ratificados varios tratados que prevén el Estándar de Trato Nacional como estándar de base, con los siguientes países: Vietnam (Gaceta Oficial N° 39.170 del 4 de mayo de 2009), Rusia (Gaceta Oficial N° 39.191 del 2 de junio de 2009), Irán (Gaceta Oficial N° 38.389 del 2 de marzo de 2006), Belarús (Gaceta Oficial N° 38.894 del 24 de marzo de 2008).

⁵⁷ Perú, Constitución Política del Perú, Congreso Constituyente Democrático, Lima 1993.

⁵⁸ Comunidad Andina de Naciones, Decisión 291 Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, 2004.

⁵⁹ http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/colonia/pcolonia_s.asp

⁶⁰ <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Decisions/dec1194s.asp>

prevé el Trato Nacional como trato igualitario entre nacionales y extranjeros con las excepciones que se encuentren previstas en las legislaciones de cada País Miembro, mientras que los protocolos del Mercosur, que como se mencionó antes, no han entrado en vigencia, tienen una redacción típica de los Tratados Bilaterales de Inversión, al prever el otorgamiento de un trato “no menos favorable” que el otorgado a los inversionistas nacionales de cada uno de los Estados parte.

CONCLUSIONES

Los elementos que toman en cuenta los tribunales arbitrales internacionales para determinar la violación del principio del Trato Nacional parecen estar ya asentados, aunque seguramente seguirán desarrollándose para poder abarcar las situaciones en las que haya lugar para hacerlo. Se trata de un principio que ha mutado de un estándar que establecía un límite al trato que se esperaba que fuera otorgado por los Estados receptores de la inversión a uno que se encuentra previsto como base, permitiendo establecer diferencias en favor del inversionista extranjero para adaptarse al Derecho Internacional. Esto fue resultado, como se ha mencionado *supra*, de eventos que perturbaron el denominado consenso de la comunidad internacional en cuanto al trato que debía recibir la propiedad de un extranjero, particularmente enfocado en la indemnización en materia de expropiación.

La presencia de circunstancias similares entre el inversionista extranjero y un referente nacional nos permite saber el contexto en el que puede realizarse una comparación que permita destacar si efectivamente hubo o no una discriminación en contra del inversionista extranjero. Para esto, realizar un análisis similar a los que realizan las autoridades de libre competencia para saber si dos actores económicos son o no competidores, que consiste en la definición de un mercado relevante, compuesto por un mercado producto, que se define por la sustituibilidad de los productos o servicios de cada uno y un mercado geográfico, que comprende el territorio en el cual los actores ejercen su actividad económica, permitiría una mayor precisión al establecer el referente contra el cual se debe realizar la comparación que determinaría si la medida es discriminatoria o no.

La legitimidad de la medida cuestionada es una condición importante para determinar si la violación del Principio de Trato Nacional puede ser justificada. El Trato Nacional no implica que el Derecho Internacional asuma que habrá igualdad absoluta entre el nacional y el extranjero. Por el contrario, cierto grado de discriminación en favor de los nacionales puede estar ajustada a los límites establecidos por este principio, siempre y cuando la medida tenga un objetivo legítimo, pues esta circunstancia subyacente dejaría al inversionista extranjero en una situación diferente a la del inversionista nacional.

Finalmente, la medida debe ser discriminatoria sobre la base de la nacionalidad y debe poner al inversionista extranjero en una condición menos favorable que el referente nacional. Este trato menos favorable que el otorgado al inversionista nacional debe ser analizado en un balance con los demás estándares de trato, particularmente con el estándar de trato justo y equitativo e incluso el Estándar Internacional Mínimo.

Los debates de la Asamblea Constituyente venezolana dejan claro que la intención de esta norma era la de equiparar deberes y derechos de los inversionistas extranjeros con los inversionistas locales. Pero esta es una igualdad que difícilmente se logra, pues siempre habrá alguna diferencia entre las obligaciones y derechos de unos y otros. Los extranjeros protegidos por un Tratado Bilateral de Inversiones seguramente tendrán

acceso al arbitraje internacional y contarán con una serie de estándares para su protección que los pondrán en una posición distinta a la de los inversionistas nacionales y por otra parte, la legislación local, particularmente la cuestionada Ley Constitucional para la Inversión Extranjera Productiva⁶¹, puede imponer restricciones y obligaciones a los extranjeros que no se exigen a los inversionistas nacionales.

Cuando se prevé el Trato Nacional se hace como un estándar de trato mínimo y no máximo, con las notorias excepciones de las constituciones de Bolivia y de Venezuela. Ahora, disposiciones como las establecidas en las mencionadas constituciones no pueden ser alegadas para justificar la violación del Principio de Trato Nacional al que se haya comprometido el Estado en un tratado internacional que prevea este principio como un estándar de base.

Para finalizar, creemos importante resaltar la inconveniencia de darle rango constitucional a un estándar de trato a la inversión extranjera, cualquiera que sea. Ya hemos mencionado que estos estándares que se han desarrollado en el marco del Derecho Internacional y muy particularmente en el Derecho Internacional de Inversiones, pueden ser absolutos, que no requieren estar previstos en el derecho positivo, se entienden como estándares de trato inherentes a la condición de inversionista extranjero. Los estándares relativos, categoría a la que pertenece el Trato Nacional, necesariamente deben estar previstos de manera expresa en el ordenamiento jurídico, pero debe ser visto como un acto discrecional del Estado. Atar las manos de los organismos competentes para la negociación de tratados internacionales en nombre de la República puede afectar justamente la capacidad de negociación de estas autoridades y puede incluso dejar a la República sin la posibilidad de ofrecer la base del Trato Nacional a cambio de la inclusión de otra norma que le sea de interés a la Nación. Incluso, no otorgar el Trato Nacional en los términos comúnmente aceptados por el Derecho Internacional, podría vetar la posibilidad de alcanzar acuerdos para la promoción y protección de inversiones extranjeras. La regulación general de la inversión extranjera debe estar, en nuestra opinión, en instrumentos de rango legal, pues estos siempre serían aplicables a los inversionistas extranjeros siempre que estos no sean protegidos por las disposiciones de un tratado internacional. Esto daría un margen de negociación mucho mayor a las autoridades nacionales frente a otros Estados.

Esta es una materia que debe analizarse especialmente en el contexto histórico internacional. Si bien la inclusión del Trato Nacional, como hemos visto, puede considerarse como una tradición constitucional en Venezuela, esto no puede convertirse en un ancla para promover y proteger las inversiones extranjeras en nuestro país. La concepción moderna del principio del Trato Nacional tardó en llegar al Derecho Constitucional venezolano hasta 1961, para luego volver a la concepción antigua de este principio en 1999, es necesario deslastrar el tema de la inversión extranjera del contenido ideológico y abordarlo con mayor pragmatismo y un enfoque de modernidad para que surta el efecto positivo que puede tener en la economía.

⁶¹ Venezuela, *Ley de Inversión Extranjera Productiva*, publicada en Gaceta Oficial N° 41.310 del 29 de diciembre de 2017.

CUARTA PARTE

PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

27. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ*

I. LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La Carta Europea de Derechos Fundamentales fue proclamada, como es sabido, por el Parlamento, el Consejo y la Comisión europea en Niza el 7 de Diciembre de 2000, pero no ha tenido carácter vinculante hasta la aprobación del vigente Tratado de la Unión Europea, cuyo artículo 6.1 afirma solemnemente que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principio enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de Diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de Diciembre de 2012 en Estrasburgo, la cual tendrá *el mismo valor jurídico que los Tratados*”.

Este reconocimiento obliga a tomar muy en serio los derechos fundamentales que la Carta incluye, especialmente aquéllos que, en su formulación al menos, no suelen encontrarse en la parte dogmática de las Constituciones de los Estados miembros. El derecho a una buena administración que proclama el artículo 41 de la Carta es uno de ellos y posiblemente el más llamativo, lo que justifica que se le preste –que le prestemos– especial atención. Eso es lo que pretenden las reflexiones que siguen.

II. EL ARTÍCULO 41 DE LA CARTA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN.

El artículo 41 de la Carta dice así:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

– el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

* Catedrático emérito de la Universidad Complutense de Madrid.

– el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

– la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

La primera lectura de este precepto produce una impresión ambivalente. Por un lado, llama desde luego la atención poderosamente el enunciado del derecho, del que resulta ni más ni menos, *prima facie*, que los ciudadanos de la Unión tenemos derecho a ser bien administrados, a una buena administración. Sea lo que sea lo que quiera decirse con esta expresión es evidente que entra en contraste no sólo con la experiencia histórica, sino también con la experiencia personal de cada uno de nosotros, que no es, en principio, positiva.

De la impresión favorable que produce el enunciado del derecho se pasa de inmediato al desencanto que produce la lectura de su contenido, que no es demasiado novedoso. No podría serlo porque, como explicó en su día el *Praesidium* de la Convención que elaboró la Carta de los Derechos Fundamentales, “el artículo 41, que se basa en la existencia de una Comunidad de Derecho, fue desarrollado por la jurisprudencia que consagró el principio de buena administración”. También derivan de la jurisprudencia, como indicó igualmente el *Praesidium*, “las manifestaciones de este derecho enunciadas en los dos primeros apartados” y muy especialmente en el segundo que “incluye en particular”, por decirlo con las mismas palabras que la Carta emplea, el derecho a ser oído, el de acceder al expediente que afecta a una persona y el de obtener una decisión motivada, cuestiones éstas bien arraigadas en la cultura jurídica occidental.

El apartado 3 del precepto reproduce el derecho garantizado en el artículo 288 del Tratado CE y el 4 el consagrado en el tercer párrafo del artículo 21 del propio Tratado hay artículos 340 y 24, último párrafo, del Tratado de Funcionamiento.

Visto así, el artículo 41 de la Carta resulta, en efecto, poco novedoso y, quizás por eso, no se ha profundizado demasiado en su análisis, aunque se cite con frecuencia como argumento de refuerzo o *a fortiori*.

Sin embargo, el apartado 1 del artículo 41 merece, sin duda, un esfuerzo de reflexión que permita poner de manifiesto lo que tiene de contenido sustantivo propio, muy especialmente en lo que respecta a la cláusula “imparcial y equitativamente” que expresa la forma en que deben ser tratados los asuntos por las instituciones y órganos de la Unión.

Esta cláusula tiene, como es lógico, particular importancia cuando se refiere al procedimiento administrativo, que está, sin duda, más necesitado de ella en la medida en que el órgano o autoridad competente para conducir ese procedimiento y dictar la decisión que ponga fin al mismo es, se quiera o no, juez y parte al mismo tiempo.

Esto no excluye el deber de actuar de modo imparcial, aunque lógicamente contribuye a modularlo en proporción, desde luego variable, ya que la obligación de ser imparcial adquiere una intensidad mayor en unos procedimientos que en otros, en razón, entre otras cosas, de su objeto.

El acento hay que ponerlo por lo tanto, en mi opinión, en el adverbio “equitativamente”, que da al adjetivo “imparcial” una dimensión más precisa. Tratar un asunto equitativamente significa, como mínimo, tener en cuenta tanto lo que sea favorable, como lo que sea desfavorable para el afectado. Si se pone énfasis en esto último y se ignora o se deja en segundo plano lo primero, es obvio que la obligada imparcialidad quedará desmentida *a radice*.

Si se contempla el procedimiento bajo este prisma, todas las garantías y cautelas que las Leyes establecen para proteger los derechos de los interesados en el mismo adquieren una nueva luz, un brillo más intenso, que el que ofrecen *prima facie* la obligación de dar audiencia, la de facilitar el acceso al expediente y la de motivar las decisiones que estamos acostumbrados a invocar tópicamente a cada momento.

En esta línea ha acertado a situarse la Sentencia del TJUE de 16 de Enero de 2019 en el asunto *United Parcel Service c/Comisión*, que voy a analizar brevemente a continuación.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16 DE ENERO DE 2019, UNITED PARCEL SERVICE C/COMISIÓN

1. *El supuesto de hecho*

United Parcel Service notificó a la Comisión el 15 de Junio de 2012 su propósito de adquirir la sociedad *TNT Express NV*, empresa dedicada también al mercado de servicios internacionales de entrega urgente de paquetes pequeños. Unos meses después, el 30 de Enero de 2013, la Comisión declaró que la concentración notificada era incompatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE por haber constatado que constituiría un obstáculo significativo a la competencia efectiva en los mercados de servicios en cuestión en quince Estados miembros, a saber, en Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Países Bajos, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia y Suecia.

La Decisión de la Comisión fue recurrida por *United Parcel Service*, que solicitó del Tribunal General la anulación de la misma por entender que la Comisión había vulnerado su derecho de defensa al haber adoptado la Decisión controvertida *basándose en un modelo econométrico diferente del que había sido objeto de debate contradictorio durante el procedimiento administrativo*.

El conflicto quedó, pues, planteado *ab initio* en unos términos muy simples. En efecto, todo proyecto de concentración exige un tratamiento prospectivo, porque lo que se trata de averiguar (quizás sería más apropiado decir adivinar) es si la concentración proyectada podría convertirse en un obstáculo significativo a la competencia efectiva en el mercado de que se trate, pronóstico cuya elaboración exige utilizar un modelo econométrico de análisis.

A mí me parece excesiva e inconveniente, por difusa e imprecisa, la regulación que contiene el Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de Enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas, que repite en lo esencial el planteamiento del Reglamento precedente 4064/1989, como ya he tenido ocasión de precisar en otro momento, pero, guste o no, ahí está, gravitando sobre un juicio prospectivo que depende de un análisis económico complejo, incierto y siempre discutible.

Lo importante aquí y ahora es retener que a lo largo del procedimiento la Comisión utilizó un método de análisis y que a la hora de decidir hizo uso de otro diferente “descolocando” por así decirlo a *United Parcel Service*, que consideró lesionado en consecuencia su derecho de defensa.

El Tribunal General estimó el recurso interpuesto mediante Sentencia de 7 de Marzo de 2017, que la Comisión impugnó en casación ante el Tribunal de Justicia, que desestimó el recurso por Sentencia de 16 de Enero de 2019.

2. *Los términos del debate*

La Comisión sostuvo en su recurso que no tenía obligación de comunicar a la demandante el modelo final del análisis econométrico antes de adoptar la Decisión y que, tras la fase de notificación del pliego de cargos, no estaba obligada a divulgar posteriores apreciaciones intermedias de los puntos en que hubiera basado sus cargos, apreciaciones que, en su opinión, pueden variar a lo largo del procedimiento. Y añadió que si hubiera de comunicar a las partes todas sus reflexiones internas antes de tomar una decisión, se podría poner en riesgo el procedimiento de control de las concentraciones, que se enmarca en unos plazos muy breves.

Como segunda línea argumental la Comisión alegó que, aun cuando hubiera vulnerado el derecho de defensa de *United Parcel Service* al no comunicar a ésta el cambio *in extremis* del modelo econométrico de análisis, esta vulneración no podría implicar en ningún caso la anulación de la Decisión adoptada, ya que basta con constatar la existencia de un obstáculo significativo a la competencia efectiva en un solo mercado para declarar la incompatibilidad de una concentración con el mercado interior y en este caso, con independencia de que se tomase o no en consideración el modelo econométrico, la operación proyectada hubiera tenido un efecto negativo sobre los precios en Dinamarca y en los Países Bajos.

La primera de dichas alegaciones planteaba un problema fácil de resolver, una vez aclarado el papel que en el procedimiento corresponde a los modelos econométricos. En este punto el Tribunal no tuvo la más mínima duda. “El análisis prospectivo necesario en esta materia, dice la Sentencia en su apartado 32, consiste en examinar de qué modo una operación de este tipo podría modificar los factores que determinan la situación de la competencia en los mercados afectados”, lo que “implica imaginar las diversas relaciones de causa a efecto para dar prioridad a aquéllas cuya probabilidad sea mayor”. “Con este fin, añade en su apartado 33, el recurso a modelos econométricos permite mejorar la comprensión de la operación proyectada identificando y, en su caso, cuantificando algunos de sus efectos... Por tanto, es necesario que cuando la Comisión vaya a basar su decisión en estos modelos, las partes tengan la oportunidad de exponer su punto de vista al respecto”.

La Sentencia remata el argumento en su apartado 34 diciendo que “la divulgación de estos modelos y de los criterios metodológicos en los que se asienta su elaboración

resulta tanto más necesaria cuanto que, como ha señalado la Abogado General en el punto 43 de sus conclusiones, *contribuye a conferir carácter equitativo al procedimiento, de conformidad con el principio de buena administración* previsto en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

Dicho esto, sólo faltaba dar respuesta al alegato de la Comisión de que no viene obligada a divulgar todas las modificaciones introducidas en un modelo en el que se basa el pliego de cargos, lo que la Sentencia hace también sin la más mínima vacilación en su apartado 37. “Considerar que la Comisión pueda modificar sustancialmente, con posterioridad a la notificación del pliego de cargos, el modelo econométrico en el que pretenda basar sus objeciones sin poner en conocimiento de las empresas interesadas su modificación y sin permitirles presentar observaciones al respecto” sería una interpretación “contraria al principio de respeto del derecho de defensa y a las disposiciones del artículo 18, apartado 3, del Reglamento N° 139/2004, las cuales, por un lado, exigen que los interesados hayan podido presentar observaciones y, por otro lado, prevén un derecho de acceso al expediente para, por lo menos, las partes directamente interesadas”.

Quedó claro así que la Comisión no se había comportado de forma equitativa, como el artículo 41 de la Carta exige, pero faltaba todavía pronunciarse sobre la eficacia invalidante del vicio de procedimiento detectado, cuestión ésta más peliaguda cuya solución por la Sentencia da a ésta una importancia que es necesario destacar.

3. *La integridad del derecho de defensa como criterio decisorio sobre la eficacia invalidante de los vicios de procedimiento*

El segundo alegato de la Comisión apelaba a un principio clásico en la teoría de la invalidez de los actos administrativos, según el cual la eficacia invalidante de los vicios de forma o de procedimiento se limita a los casos en los que se acredite que, de no haberse producido tales irregularidades, la decisión final del procedimiento hubiese sido distinta. En este caso, según la Comisión, el proyecto de concentración hubiera tenido que ser vetado de todos modos, ya que, con independencia del modelo econométrico utilizado, dicha operación hubiera supuesto un obstáculo a la competencia efectiva y un efecto neto negativo de los precios en los mercados danés y neerlandés y es suficiente constatar la existencia de esa clase de obstáculo en un solo mercado para declarar la incompatibilidad de una concentración con el mercado interior.

La Sentencia no desmiente el principio general expuesto al que la Abogado General rinde tributo en el apartado 67 de sus conclusiones: “Es reiterada jurisprudencia que una irregularidad de procedimiento solo justifica la anulación de una decisión de la Comisión si, de no haberse producido dicha irregularidad, el procedimiento administrativo hubiera podido resolverse de modo distinto. En otras palabras, debe existir la posibilidad de que la irregularidad de procedimiento haya tenido una incidencia en el contenido de la Decisión de la Comisión, es decir, de que la Decisión hubiera podido tener un contenido diferente”.

Sin embargo, la Abogado General precisa a continuación que el desarrollo de los acontecimientos revela en este caso que el número de Estados miembros en los que la Comisión puede prever un obstáculo significativo a la competencia efectiva depende decisivamente de la configuración concreta de un modelo de concentración de los precios, que en este caso los Estados miembros que inicialmente se consideraron afectados fueron veintinueve y que luego se redujeron a quince, que es más fácil, obviamente,

para una empresa defenderse de un reproche relativo a solo dos Estados (Dinamarca y Países Bajos en lo que respecta al efecto negativo sobre los precios), que de la existencia de un obstáculo significativo a la competencia en 15 o en 29 Estados y que las perspectivas de poder desvirtuar las objeciones de la Comisión con los compromisos adecuados mejoran normalmente cuando la empresa afectada sólo tiene que asumir compromisos específicos para dos mercados nacionales y que, por lo tanto, “*el Tribunal General declaró con total acierto que UPS hubiera podido defenderse más eficazmente si antes de la adopción de la Decisión controvertida hubiese dispuesto de la versión definitiva del análisis econométrico elegido por la Comisión*”, por lo que “es perfectamente lógico que en tales circunstancias el Tribunal anulase la Decisión “ (apartado 74).

Así lo estimó también el TJUE, que en el apartado 56 de su Sentencia concluyó que “el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al declarar, en el apartado 210 de la sentencia recurrida, que “se ha vulnerado el derecho de defensa de la demandante de forma que procede anular la Decisión (controvertida), siempre que la demandante haya acreditado suficientemente no que, de no haberse producido esta irregularidad procesal, la Decisión (controvertida) hubiera tenido un contenido diferente, *sino que hubiera podido tener una oportunidad, incluso reducida, de preparar mejor su defensa*””.

He subrayado el inciso final del párrafo de la Sentencia del Tribunal General, que el TJUE hace suyo, para destacar el paso adelante que la jurisprudencia europea ha dado en lo que respecta a la valoración de la eficacia invalidante de los vicios de procedimiento, que ya no se reduce a los casos en que la resolución final de dicho procedimiento hubiese podido ser diferente a lo que fue de no haberse cometido dicho vicio, sino que se reconoce también en los supuestos en los que, aunque la decisión final hubiese permanecido invariable, la irregularidad procedimental hubiese reducido las posibilidades del interesado de defenderse mejor.

En el conflicto resuelto por la Sentencia que estamos analizando era claro que *United Parcel Service* hubiera podido defenderse mejor si hubiera podido centrarse en el estudio del efecto negativo de su proyecto de concentración sobre los precios en los mercados danés y neerlandés y en la posibilidad de corregir ese efecto mediante la asunción de ciertos compromisos, en lugar de tener que dispersar su atención sobre el impacto del proyecto en los veintinueve mercados señalados al comienzo del procedimiento o, incluso, en los quince que se tuvieron en cuenta al final del mismo por la Decisión de la Comisión objeto del recurso.

El cambio del modelo econométrico de análisis utilizado en el curso del procedimiento, que es de lo que *United Parcel Service* pudo defenderse, y su sustitución en el momento de adoptar la Decisión final por otro distinto del que nada pudo decir dicha empresa antes de que dicha Decisión se produjera justificaba, sin duda, la anulación de dicha Decisión por mucho que el resultado final hubiese podido ser el mismo: vetar la concentración proyectada.

Los derechos de defensa de los ciudadanos hay que tomárselos en serio y el procedimiento administrativo –y no sólo el judicial– debe ser imparcial y equitativo y debe dar oportunidades idénticas a la Administración y a los interesados de definir y sostener sus propias posiciones.

El artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en una primera lectura parecía bastante anodino, dice realmente cosas muy importantes, como han podido ver, que rectifican y perfeccionan la idea tradicional que hasta ahora teníamos del procedimiento administrativo y de los vicios de forma de los actos administrativos.

Dice, por lo pronto, que hay que corregir la interpretación que tradicionalmente se ha venido haciendo la jurisprudencia del artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015 (que permanece invariable desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958), según la cual la referencia que dicho precepto hace a la indefensión se entiende en unos términos absolutos.

A partir de ahora había que dar la importancia que, según la Sentencia *United Parcel Service*, merece no sólo a la indefensión absoluta, sino también a la pérdida apreciable de las posibilidades reales de defensa. No hace falta subrayar porque es obvio que no bastará con alegar que hubiéramos podido defendernos mejor si el vicio apreciado no se hubiese cometido. Habrá que acreditar, por supuesto, que esa disminución de las posibilidades de defensa ha sido real y no meramente retórica y, si efectivamente lo ha sido, aunque sea reducida, la anulación del acto será obligada.

El cambio es muy claro y muy importante también y es el derecho a una buena administración el que lo ha hecho posible.

Pero hay más que esto en el precepto citado. También hay criterios para afrontar la valoración del contenido de dichos actos, de las cuestiones de fondo, como voy a mostrar a continuación.

IV. PODER DISCRECIONAL Y BUENA ADMINISTRACIÓN

El derecho a una buena administración no puede agotarse en la exigencia de un trato “imparcial y equitativo”, que es, ciertamente importante como acabamos de ver, pero que no lo es todo. No lo es porque el enunciado del derecho promete algo más que eso, algo que, sin duda, tiene que ver con el contenido de las decisiones administrativas, que ha de ser también “bueno” y no sólo *ben trovato*.

En esa dirección apunten también la insistencia tan en boga en la gobernanza, en el buen gobierno, o en la *better regulation*, es decir, en la elaboración más cuidadosa de las normas reguladoras de las diferentes actividades, de la que se ha hecho eco sin ir más lejos nuestra nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de 1 de Octubre de 2015 en sus artículos 129 y siguientes.

Hay, en efecto, en el ambiente una insatisfacción generalizada en la sociedad europea en general con la forma en que somos gobernados y una convicción difusa, pero cada vez más arraigada, de que de la política y de los políticos no cabe esperar gran cosa.

Salvando las distancias, que son muchas sin duda, esta situación me recuerda la reacción de los iuspublicistas franceses de la III República al desengaño que sin duda supuso para ellos el descubrimiento, a raíz de la instauración del sufragio universal masculino, de que la ley ya no era la expresión de la voluntad general rousseauiana, ilusión que el sufragio censitario había ayudado a mantener hasta entonces, sino simplemente el resultado aritmético de la suma de los votos heterogéneos que, en beneficio de sus intereses particulares, emitían los diputados de los diferentes grupos de la cámara.

La Ley, así vista en su descarnada realidad, era, sin embargo, inalcanzable para los juristas de la época, que no tuvieron más remedio que dirigir la vista hacia el escalón inferior y centrar sus esfuerzos en mejorar la posición de los ciudadanos ante las autoridades administrativas, de lo que vino a resultar en muy poco tiempo el progreso del control jurisdiccional del poder discrecional de la Administración y el hallazgo de un régimen, ciertamente especial pero efectivo, para exigir la responsabilidad de la Administración por los daños que pudiesen resultar de su actividad.

De ahí surgió, en fin, la edad de oro del Derecho Administrativo de la que fue protagonista esa pléyade de administrativistas del país vecino encabezada por los grandes nombres de Hauriou, Duguit, Jeze, Mestre, Barthelemy, etc., etc., de cuya obra todavía nos nutrimos. M Joële Redor ha estudiado ejemplarmente esta etapa crucial en su libro *De l'Etat legal á l'Etat de Droit*, al que ahora me remito sin más.

Esas aspiraciones generalizadas a una buena administración, a una mejor regulación y a una gobernanza más cuidadosa y responsable, si se encauzan correctamente y se persevera en ellas, podrían, sin duda, abrir un nuevo periodo de esplendor semejante al que acabo de evocar, lo que, sin duda, “ayudaría a hacer del siglo XXI el siglo de la buena administración”, como se atrevió a pronosticar el 2 de Febrero de 2.000 el mediador europeo Söderman.

En esta línea hay que situar “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones” a la que se refiere el artículo 41.2 de la Carta, como uno de los elementos integrantes del derecho a una buena administración que ésta proclama.

Como es bien sabido, la exigencia de motivación es el punto crítico en cualquier aproximación quiera hacerse al control judicial del ejercicio del poder discrecional. Cuando la Ley otorga un poder de este tipo a las autoridades administrativas está reconociendo a éstas la posibilidad de elegir entre varias soluciones, todas ellas admisibles, en principio. Pueden por ello escoger la que considere más conveniente, pero han de explicar por qué han llegado a la conclusión de que la solución escogida es mejor que las demás que tenían sobre la mesa.

Los ciudadanos tenemos derecho a conocer las razones que la Administración ha manejado, las razones que justifican su preferencia, razones que tienen que ser consistentes con la realidad, porque la Constitución prohíbe categóricamente la actuación arbitraria, huérfana de razones, carente de otro sustento que no sea la mera voluntad o el simple capricho de quien adopta la decisión.

En este punto, tan simple, pero tan incontrovertible, vengo insistiendo con empeño desde hace treinta años (en mi trabajo *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cuadernos Civitas 1991, hoy en el volumen *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª ed., 2008) y en él se apoya ya la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Motivar es justificar, dar razones capaces de sustentar la solución elegida. Si esas razones se dan y son efectivamente consistentes con la realidad, el Juez tendrá que declarar, le guste más o le guste menos, que la decisión impugnada es conforme a Derecho; si, por el contrario, comprueba o bien que no se ofrecen razones o que las esgrimidas están en abierto contraste con los hechos o adolecen de cualquier otro defecto que las priva de capacidad justificativa, el Juez, le guste o no, tendrá que anular la decisión ante él recurrida.

Sería demasiado largo incluir aquí un muestrario, aunque fuese reducido, de la jurisprudencia. Me limitaré por ello a citar una Sentencia que me parece particularmente expresiva a los efectos que aquí persigo. Me refiero a la Sentencia de 25 de Julio de 2003 (ponente, Manuel Garzon).

Se impugnaba en este caso la decisión de ubicar una estación depuradora en un lugar determinado, decisión que fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña porque sólo había tomado en consideración tres alternativas ficticias. Recurrída la Sentencia ante el Tribunal Supremo, éste rechaza el recurso y dice que la Sentencia en cuestión “contiene una motivación suficiente y justificadora de la decisión que adopta”, ya que “*la discrecionalidad, de cualquier tipo que sea, no puede amparar estudios insuficientes, que omiten soluciones alternativas que es importante contemplar, ni decisiones adoptadas previamente que sólo de modo aparente comportan alternativas posibles*”.

En apenas tres líneas está dicho todo. Que motivar es justificar, que para justificar una elección hay que tener presentes y valorar todas las alternativas posibles y que la discrecionalidad, *de cualquier tipo que sea, no puede amparar estudios insuficientes, ni, mucho menos, decisiones apriorísticas basadas en apreciaciones no contrastadas o, lo que es peor, en una voluntad desviada.*

De eso es de lo que se trata con el control judicial de la discrecionalidad. Lo dijo muy bien G. Braibant en las conclusiones del *arrêt Ville Nouvelle Est* de 28 de Mayo de 1971, que inauguró la jurisprudencia del *bilan*: “Lo que importa es que vuestro control permita censurar decisiones arbitrarias o mal estudiadas y que obligan a las colectividades a presentar a los administrados primero y después, llegado el caso, al juez justificaciones serias y plausibles de sus proyectos”.

Y es que *juzgar a la Administración contribuye decisivamente a administrar mejor*, como yo mismo me esforcé en mostrar en un escrito publicado hace ya bastantes años en el libro homenaje al Prof. González Pérez y hoy recogido en el libro *De la arbitrariedad de la Administración* más atrás citado.

El derecho a una buena administración consagrado por el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales viene a refrendar estos planteamientos. Ya no cabe seguir ignorándolo so pretexto de que la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos que formula en términos categóricos el artículo 9.3, *in fine*, de la Constitución es sólo eso una prohibición, un principio del que por su carácter negativo no pueden sacarse consecuencias positivas. La prohibición de un comportamiento arbitrario tiene ahora una cara positiva: el derecho a una buena administración. Ambos son el anverso y el reverso de una misma moneda, de un mismo valor, de una misma regla de medida.

En el fondo se trata de algo muy simple, que puede percibirse de inmediato cuando se está libre de prejuicios, de barullos dogmáticos y, por supuesto, de intereses. De que esto es realmente así da fé la Sentencia de 11 de Junio de 1991, magnífica en su sencillez como todas las de Javier Delgado Barrio, el ponente que la redactó. Se trataba de un recurso interpuesto por un licitador contra la decisión de la Administración que adjudicó el contrato a su competidor en ese procedimiento. Los servicios competentes emitieron un informe en el que concluyeron que desde el punto de vista técnico las dos ofertas eran equiparables, a pesar de lo cual la Administración optó por la más cara de las dos, decisión ésta sorprendente por injustificada e irrazonable que la Sentencia no dudó en anular. Su razonamiento es impecable en su elementalidad:

“en igualdad de “alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución...”...

...

“de ello deriva que la decisión ajustada a Derecho era la de adjudicar el contrato a la hoy parte apelante y así lo ha declarado esta Sala, que, en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya base en los autos”.

Faltaban entonces nueve años todavía para que la Carta Europea de Derechos Fundamentales fuera formalmente proclamada y para que el derecho a una buena administración hiciera su aparición en el escenario. Un juez español, sin embargo, supo anticiparlo. Merece la pena destacarlo porque esa anticipación dice mucho de su fundamento.

28. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CARÁCTER INTERORGÁNICO. O LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO FUNCIÓN

Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ*

Resumen: Se describe el principio del carácter interorgánico de la Administración Pública, vinculándolo con otros principios del Derecho Público venezolano, lo que determina la combinación de las concepciones orgánica y funcional para identificarla. Seguidamente se estudia la influencia de esa concepción en la doctrina especializada venezolana, así como su acogida en la enumeración legal de los sujetos sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Se concluye refiriendo las implicaciones de este principio en las definiciones de la Administración Pública y del Derecho Administrativo en Venezuela.

Palabras clave: Administración Pública – Derecho Administrativo – actividad administrativa – función administrativa – contencioso administrativo.

Abstract: The principle of the interorganic nature of Public Administration is described, linking it with other principles of Venezuelan Public Law, which determines the combination of organic and functional concepts to identify it. Next, the influence of this conception on Venezuelan specialized literature is studied, as well as its acceptance in the legal enumeration of the subjects submitted to the control of the contentious administrative jurisdiction. It concludes by referring to the implications of this principle in the definitions of Public Administration and Administrative Law in Venezuela.

Key words: Public Administration – Administrative Law – administrative activity – administrative function – contentious administrative.

PRELIMINAR

La amable invitación de los profesores Brewer-Carías y Araujo-Juárez a participar en esta obra colectiva me permite una vez más la aproximación a un tema del Derecho Administrativo cuyo estudio –incluso el más somero– amerita su contextualización en un marco mucho más amplio, tanto en lo cuantitativo como en densidad teórica.

* Universidad Central de Venezuela. Profesor *Titular* de Derecho Administrativo. Abogado y Especialista en Derecho Administrativo. Universidad de la Coruña, España. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamérica Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Política Territorial y Urbanística. Universidad Monteávila, Caracas. Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO). Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas. Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

Me refiero, en última instancia, a las concepciones del Derecho Administrativo y de la Administración Pública, asuntos capitales en la definición de la disciplina, así como de un calado cuya más simple revisión excede con mucho el tratamiento en pocas páginas¹.

De allí que, no obstante quien suscribe haber realizado en previa oportunidad una revisión panorámica del estado de la cuestión en la doctrina nacional², en esta ocasión su referencia será meramente incidental, como necesario preludeo al asunto focal que amerita desarrollo. Lo anterior, en primer lugar porque se trata de un tópico que ha generado controversia casi desde los orígenes de la propia disciplina, manteniendo ocupada a la doctrina comparada desde hace dos siglos³. De allí que, reiterando lo afirmado⁴, al no disponerse de un verdadero aporte, no tiene sentido siquiera intentar zanjar en esa disputa largo tiempo sostenida por lúcidas plumas en diversas latitudes, incluyendo los autores venezolanos⁵.

En segundo término, toda vez que el tema central de estas páginas se refiere a un punto que, si bien deriva de los anteriores, mantiene relativamente su propia autonomía y por tanto exige un tratamiento separado, amén de que los asuntos ya aludidos encontrarán mayor y mejor desarrollo en otras páginas de esta obra así como en la bibliografía del caso.

¹ Con razón se ha sostenido, por ejemplo, que se trata de uno de los temas fundamentales del Derecho Administrativo Brewer-Carías, Allan R. *Prólogo*. En: Hernández G., José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 9.

² Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. *Sobre los conceptos de Derecho Administrativo y de Administración Pública en Venezuela*. En la obra colectiva: 100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela. Universidad Central de Venezuela-Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila-Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011, pp. 367-403.

³ Cfr. entre otros: Parejo Alfonso, Luciano. *El concepto del Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984; Alli Aranguren, Juan-Cruz: *La construcción del concepto de Derecho Administrativo español*. Thomson Civitas. Madrid, 2006.

⁴ Torrealba Sánchez, *op. cit.*, p. 368.

⁵ Al punto de que varios de los asuntos que aquí apenas se asomarán, han sido calificados como un <<problema realmente insoluble>> (Cfr. la presentación de: Vidal Perdomo, Jaime, Ortíz Ortíz, Eduardo, Gordillo, Agustín y Brewer-Carías, Allan R.. *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 18). Sobre el tema puede verse, en la doctrina nacional, la bibliografía citada en el trabajo referido en la anterior nota al pie, así como más recientemente la contenida en: Hernández G., José Ignacio. *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011. Por eso asombra una reciente colaboración del Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV del 2019 (Pereira-Mesa, Miguel: *La (re)definición del concepto de Derecho Administrativo a la luz de la Buena Administración prevista en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, pp. 37-53), de propósito tan ambicioso como indica su título, con una extensión de menos de veinte páginas y con apoyo en escasa doctrina, en buena parte referida indirectamente. Agréguese que en el texto -que por otra parte no destaca ni en orden ni en coherencia expositiva-, aunque contando con un limitado bagaje teórico (o justamente por eso), no se duda en criticar a autores clásicos invocando tendencias actuales sin reparar en los contextos históricos. La necesaria consecuencia es que no se aporta ni un mínimo esbozo del estado de la cuestión, para terminar -que no concluir- en meras generalidades, como era de esperarse. Y ya no sorprende, sino que alarma, que nada de eso haya sido oportunamente advertido por sus lectores originarios. Al contrario, el trabajo debió generar tal beneplácito al punto de promoverse su publicación.

Y en última instancia, el abordaje será breve pero indispensable, tomando en cuenta además un cambio legislativo que no ha sido objeto de demasiada atención doctrinaria pero que luce de especial relevancia en cuanto a sus implicaciones tanto en el tema a abordar como en su aludido contexto dogmático. A saber, la expresa acogida en el Derecho positivo venezolano de la concepción funcional o material como criterio identificador de la Administración Pública sujeta al control de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, antes de referir eso último, por razones didácticas y no con propósito de originalidad, se requiere describir a qué se refiere el principio de la Administración Pública y su carácter interorgánico, para luego desarrollar algunas de sus implicaciones adjetivas. Y a tal fin, como ya se señaló, previamente hay que enmarcar el tópico en su entorno teórico, conformado por los principios del carácter también interfuncional de los actos estatales, o mejor aún, de la actividad estatal, derivado a su vez de la interorganicidad de las funciones del Estado.

Así las cosas, visto que esos últimos asuntos corresponden ser tratados con detenimiento en previos capítulos, bastará aquí una breve referencia, la cual pasa a hacerse de seguidas.

I. LA VINCULACIÓN DEL TEMA CON LOS PREVIOS Y SUBSIGUIENTES PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO EN EL ESQUEMA DE ESTA OBRA, SIGUIENDO A. BREWER-CARIÁS

Es predominante en la doctrina y jurisprudencia venezolanas la superposición de las aproximaciones conceptuales a la Administración Pública como Administración-aparato⁶ y a la vez Administración-función, en seguimiento de la tendencia del Derecho Administrativo iberoamericano⁷, apartándose parcialmente de la noción meramente subjetivista u orgánica más presente en alguna doctrina europea⁸ –e incluso

⁶ Administración organización equivalente a Administración aparato, como puede verse entre otros por ejemplo en: Marrama, R.: *Organizzazione in senso statico ed in senso dinamico*. En: Mazarolli, L., Pericu, G., Romano, A., Roversi Monaco, F.A. y Scoca, F.G.: *Diritto Amministrativo*. I. Monduzzi Editore. Bologna, 1993, p. 323. Cfr. en los autores nacionales por ejemplo: Brewer-Carías, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. El Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*. Volumen I. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, p. 687; Araujo-Juárez, José: *Derecho Administrativo. Parte General*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 240-241; Hernández G., *op. cit.*, pp. 29, 59-61 y 89-90.

⁷ Véanse por ejemplo: Vidal Perdomo, Ortiz Ortíz, Gordillo y Brewer-Carías, *op. cit.*, in totum; 2014; Cassagne, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Décima segunda edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 56-77; Pantoja Baúza, Rolando. “El concepto de función administrativa en el Derecho Chile”. En: Hernández-Mendible, V. *100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. T. 1. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 491-522; Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 40º edición Editorial Porrúa. México, 2000, pp. 56-63; Béjar Rivera, Luis José. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch. México, 2012, pp. 48-50, así como la bibliografía citada en Torrealba Sánchez, *op. cit.*, p. 385 nota al pie 58. Más tempranamente, entre otros: Sayagués Laso, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. Sexta edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1988, pp. 21 y 46.

⁸ Un ejemplo de esto, la contundente negación de la existencia de una función administrativa que plantea Giannini, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*. Traducción de Luis Ortega. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 1991, pp. 107-110. De allí que se señala que: <<Las teorías que han pretendido definir el Derecho administrativo por medio de la disección de la función administra-

nacional—. Y definitivamente, a distancia de la prevalencia de la definición estatutaria en el caso español⁹.

Predominio en nuestra bibliografía administrativista que como suele ser el caso dista de la unanimidad¹⁰, pero que refleja una visión sincrética de esta rama jurídica y, por tanto, receptora de las variadas corrientes y aportes que el Derecho Administrativo ha recibido de las diversas posiciones teóricas acumuladas durante su desarrollo¹¹.

En la bibliografía nacional, y sin desmerecer los valiosos aportes de otros distinguidos autores, ha sido Brewer-Carías, partiendo del análisis de la jurisprudencia a partir de la segunda mitad del siglo XX, quien se ha ocupado con mayor detenimiento y prolijidad del tema de la interfuncionalidad de los actos estatales así como de los otros que aquí se mencionarán¹². Lo cual se refleja claramente en el esquema temático de esta obra colectiva.

Ese principio de actuación del Derecho Público venezolano advierte, en términos muy simples y aproximativos, que no hay un tipo o categoría específica de actos que correspondan de forma exclusiva con una rama del Poder Público, como no hay tampoco funciones exclusivas y excluyentes de cada Poder. Veámoslo con algo más de detalle siguiendo al referido autor¹³.

1. *La interfuncionalidad de los actos estatales. Los aportes del pandectismo y algunas críticas*

El carácter interfuncional de los actos estatales, conectado a su vez con el principio del ejercicio interorgánico de las funciones del Estado, implica que no hay un tipo de actos emanados de los órganos que ejercen el Poder Público que caracterice a una fun-

*tiva típica desarrollada por la Administración han quedado desvirtuadas en su pretensión por la diversidad y heterogeneidad de aquéllas>> (Alli Aranguren, *op. cit.*, p. 139) En similar orientación en la doctrina venezolana: Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, pp. 44-46.*

⁹ Encabezada por García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 2000, pp. 27-62. Predominio mas no unanimidad. No es el caso detallar el asunto, del cual hicimos referencia en una previa ocasión (Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: “Notas sobre el control judicial de la Administración Laboral con especial referencia a los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 129 de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2007, pp. 260-275). Remitimos en todo caso a la obra de Alli Aranguren, *op. cit.*, pp. 209-445, que incluso refleja la discusión, por ejemplo en estas frases: <<...la perspectiva orgánica no es el único medio para construir el concepto de Derecho Administrativo. Aunque la Administración está integrada en el poder ejecutivo [en la concepción dominante en los autores españoles] ni desarrolla exclusivamente funciones ejecutivas, ni lo hace solo sometida al Derecho Público. Esta situación ha hecho necesaria la búsqueda de criterios materiales que permitan tipificar las heterogéneas actividades de la Administración como administrativas y sometidas al Derecho Administrativo, diferenciándolas de otras que, por no corresponder al criterio material delimitador, no lo sean>> (*Ibidem*, p. 116, texto entre corchetes añadido).

¹⁰ Pueden mencionarse como parcialmente contra, entre otros: Peña Solís, *op. cit.*, pp. 32-67; Pérez Luciani, Gonzalo: “Funciones del Estado y actividades de la Administración”. *Revista de Derecho Público* N° 13. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, pp. 29-30.

¹¹ Véase: Torrealba Sánchez, *Sobre los conceptos...*, pp. 399-401.

¹² Reconociendo la notable influencia de tales tesis: Hernández G., *Introducción...*, pp. 47 y 91.

¹³ Es la tesis de las funciones propias pero no privativas, sostenida por Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, pp. 353-355.

ción estatal y tampoco a cada una rama de ese Poder¹⁴. Así pues, habrá actos con contenido normativo que dictarán todos los Poderes: leyes formales el Legislativo; Decretos con Fuerza de Ley el Ejecutivo y Reglamentos todas las ramas. Habrá también actos que resolverán controversias entre particulares que podrán ser emitidos, tanto por el Poder Judicial como por el Ejecutivo¹⁵; y habrá no solo actos, sino incluso actividad administrativa, ejercida por los órganos de todos los Poderes Públicos, en cada una de sus complejos orgánicos administrativos¹⁶.

En el caso de la función normativa, como regla general los actos producto de ella y que tengan rango, valor y fuerza de Ley serán dictados por el Poder Legislativo, pero ese principio encuentra también excepciones más o menos amplias según el caso –tan amplias que pueden convertirse en verdaderas rupturas– en la legislación delegada y de urgencia, que corresponde dictarla al Poder Ejecutivo¹⁷. En el caso de la función jurisdiccional, la resolución de controversias con fuerza de cosa juzgada formal y material mediante sentencias se erige en una competencia –esta sí– exclusiva y excluyente de los órganos del Poder Judicial. En cuanto a la llamada función gubernativa o política, ella tampoco es ejercida de forma monopólica por el Ejecutivo, aunque sí de manera principal¹⁸.

No hay pues, un correlato necesario entre un tipo de acto –normativo, ejecutivo o administrativo o jurisdiccional– con su procedencia de una de las ramas del Poder Público. Aunque sí hay manifestaciones concretas de actos cuyo contenido y efectos jurídicos corresponden a un Poder. La ya mencionada Ley formal en sentido estricto o la sentencia judicial son ejemplos emblemáticos.

Esa premisa es consecuencia necesaria del principio atinente al carácter interorgánico del ejercicio de las funciones del Estado¹⁹. Así pues, las funciones normativa, judicial, gubernativa o administrativa, no se corresponden en su ejercicio cotidiano con una rama del Poder Público de forma exclusiva ni excluyente²⁰. Ejerce la función normativa

¹⁴ De allí que se postule: <<La ausencia de coincidencia de la separación orgánica de “poderes” (división del poder público) y la asignación de funciones estatales>> (Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, pp. 355-356), para luego concluirse que: <<...en el ordenamiento jurídico venezolano tampoco el ejercicio de una función del Estado por determinado órgano del mismo conduce necesariamente a la emisión de determinados actos estatales, es decir, tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos jurídicos que emanan de la voluntad estatal>> (*Ibidem*, p. 357). Puede verse también en la doctrina nacional, entre otros: Pérez Luciani, *op. cit.*, pp. 22-24, quien califica de aberrada y tautológica esa concepción (*Ibidem*, p. 24).

¹⁵ *Cfr.* Peña Solís, *op. cit.*, p. 65,

¹⁶ Un desarrollo de esto en: Brewer-Carías, Allan R. *Tratado... El Derecho Administrativo...*, pp. 358-362.

¹⁷ Véase sobre la función normativa, entre otros: Brewer-Carías, Allan R. *Tratado... El Derecho Administrativo...*, pp. 344-346.

¹⁸ Incluso en la doctrina española, por ejemplo, se distingue claramente entre ambas funciones: Alli Aranguren, *op. cit.*, pp. 109-116).

¹⁹ En cuanto a que: <<...todos los órganos del Estado, en una u otra forma ejercen la totalidad de las funciones del Estado, lo que responde al séptimo de los principios fundamentales del derecho público en la Constitución de 1999: el principio del ejercicio inter orgánico de las funciones del Estado...>> (Brewer-Carías, Allan R. *Tratado... El Derecho Administrativo...*, p. 342).

²⁰ Por cuanto: <<...la división de la potestad estatal (el poder público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con la “separación” de las funciones esta-

tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo e inclusive el Judicial. Ejercen la función jurisdiccional (en sentido amplio) todas las ramas del Poder Público, solo que las decisiones con fuerza de cosa juzgada sí caracterizan a las sentencias de los tribunales²¹. Similar acaece en el caso del ejercicio de la función gubernativa o política, distribuida principalmente entre las ramas Ejecutiva y Legislativa (Gobierno y Parlamento)²². Por último, ejercen la función administrativa todas las ramas del Poder Público²³, aunque cuantitativamente predomine en esta la presencia de órganos del Ejecutivo.

El principio enunciado es tributario de la Escuela *iublicista* pandectística alemana del siglo XIX, que al estudiar el tema distinguió entre la función sustancial y la formal de cada Poder²⁴, y ha sido objeto de diversas críticas en la doctrina²⁵. De allí que se haya planteado su superación en el caso de algunos ordenamientos jurídicos europeos²⁶, en los que, al menos en principio, la concepción que imperaría para concebir a la Administración Pública –y por consiguiente al Derecho Administrativo– sería la subjetiva u orgánica. Detallar ello excedería con mucho el objeto de estas páginas, pero en todo caso más adelante se harán algunos comentarios al respecto.

Regresando a la tesis principal, ante la hipótesis de la presencia de la función administrativa, se afirma que es ejercida por todas las ramas del Poder Público, sin que haya tampoco un tipo de acto que sea característico y mucho menos exclusivo de la Administración Pública. Esta extrema interfuncionalidad de esta función –que implica también su casi omnipresencia–, habida cuenta de su importancia para el tema central a tratar, amerita un epígrafe separado.

*tales. Por tanto, el hecho de que exista una separación orgánica “de poderes” no implica que cada uno de los órganos que lo ejercen tenga necesariamente el ejercicio exclusivo de ciertas funciones, pues paralelamente a las “funciones propias” de cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que por su naturaleza son similares a las que ejercen otros órganos estatales>> (Brewer-Carías, Allan R. *Tratado... El Derecho Administrativo...*, p. 343). Véase también: Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo Constitucional*. Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, pp. 137-150, así como desde una perspectiva crítica: Hernández G., *Introducción...*, pp. 61-65.*

²¹ Véase al respecto, entre otros: Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, pp. 348-350,

²² Véase al respecto, entre otros: *Ibidem*, pp. 346-348. En contra, se ha sostenido que la actividad gubernativa o política es ejercida también por la Administración Pública (Pérez Luciani, *op. cit.*, p. 27), tesis que se origina como consecuencia de no distinguirse entre esta y la rama Ejecutiva.

²³ Brewer-Carías también se refiere a la función de control (Brewer-Carías, Allan R. *Tratado... El Derecho Administrativo...*, pp. 350-351). Ya en previa ocasión (Torrealba Sánchez, *Sobre los conceptos...*, pp. 388-389) manifestamos nuestras dudas en cuanto a que pueda considerarse distinta a la función administrativa, y no es el caso profundizar en estas páginas. En todo caso, parece apuntar en similar orientación: Hernández G., *Introducción...*, p. 107. Véase también: Peña Solís, *op. cit.*, pp. 66-67.

²⁴ En gráfica expresión: <<Arrojada por la puerta, la administración se introduce de nuevo por la ventana como administración actividad>> (Giannini, *op. cit.*, p. 75).

²⁵ *Cfr.* Giannini, *op. cit.*, pp. 7476. Entre otras cosas, al pandectismo alemán se le cuestiona el dogmatismo de pretender basar un sistema de Derecho Administrativo definitivo e inmutable, lo que originaba la configuración rígida e impermeable de sus instituciones ante a la evolución social (Marrama, R. *op. cit.*, p. 326). En la doctrina venezolana, puede verse entre otros: Hernández G., *Introducción...*, pp. 63-65 y 103.

²⁶ Véase por ejemplo: Alli Aranguren, *op. cit.*, pp. 109-110, aunque el autor también refiere la influencia de esta en autores italiano (*Ibidem*, pp. 140-142).

2. La función administrativa. Caracteres y relevancia

En desarrollo de las anteriores premisas, la función administrativa –como una de las funciones estatales– es ejercida por todas y cada una de las ramas del Poder Público²⁷. Definida de forma aproximativa como aquella mediante la cual el Estado la ejerce como gestor del interés público²⁸, a través de la cual las personas jurídicas estatales entran en relación con los particulares, como sujetos de derecho²⁹, la noción requiere para su mejor comprensión su encuadramiento en el marco de las otras funciones estatales³⁰. Ello porque, por sus propias características, cualquier tentativa de conceptualización en pocos términos –al modo de la paradoja agustiniana sobre lo que es el tiempo– resulta insuficiente. Y de eso ha dado cuenta la doctrina, al haber abandonado tiempo hace la búsqueda de un criterio monocorde y unívoco para identificarla³¹.

Por ende, precisar a la función administrativa solo puede lograrse al vinculársela con las otras funciones ya referidas. Lo anterior además, por cuanto entra aquí en juego de forma parcial el elemento identificativo del carácter residual que aportó en su momento la doctrina (Administración es lo que queda luego de sustraer la legislación y la jurisdicción), como debido al hecho de que la función administrativa, por su propia amplitud de contenido, es también extremadamente versátil. Por consiguiente, es ejercida por todas las ramas del Poder Público en diversidad de situaciones. No otra cosa puede predicarse de un cometido constitucional que tiene como fin la tutela del interés general, o como señala el artículo 141 de la Constitución venezolana, el servicio a las personas³².

De allí que para lograr esa precisión en lo que es la función administrativa y que además la diferencie de las otras funciones del Estado, los estudios no se limiten a referir que ella constituye la resta de tener al ejercicio del Poder Público como minuendo y a las otras funciones estatales (legislación y jurisdicción) como sustraendos³³. Tal concepción no es errada y mantiene su vigencia, pero sí insuficiente³⁴. Debe tratarse ade-

²⁷ Cfr. Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, pp. 682-684.

²⁸ Puede verse entre otros: Cassagne, *op. cit.*, p. 60.

²⁹ Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, p. 351.

³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 342.

³¹ Véase por ejemplo: Parejo Alfonso, *op. cit., in totum*; Alli Aranguren, *op. cit.* p. 225; Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, p. 29; Blanquer, David: *Introducción al Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 1998, pp. 41-47.

³² Véase por ejemplo: Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, p. 684. También puede consultarse: Araujo-Juárez, *Derecho...*, pp. 246-247. Respecto a este artículo constitucional, un sector de la doctrina comienza destacando su ubicación que confirma que la Administración Pública venezolana en modo alguno se limita al Poder Ejecutivo pues está encuadrada en el Poder Público Nacional (Brewer-Carías, *Prólogo...* pp. 15-17; Hernández G., *Introducción...*, pp. 48-51) para luego desarrollar su noción partiendo de tal precepto (*Ibidem*, pp. 125-138, 143-147, 202-206 y 213-222). Véase también más recientemente: García Soto, Carlos: *El carácter servicial de la Administración Pública: el artículo 141 de la Constitución*. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* Núm. 11. 35 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La Buena Administración. Centro de Estudios de Derecho Público. Universidad Monteávila. Caracas, 2017, 191-219.

³³ Cfr. entre otros: Giannini, *op. cit.*, pp. 100-102.

³⁴ Véanse, entre otros: Brewer-Carías, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Los actos administrativos y los contratos administrativos*. Volumen III. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 69-70, 93, 155-156.

más de una función ejercida en el plano sub-legal, de ejecución directa e inmediata de normas legales e indirecta y mediata de la Constitución (concepción del Derecho por grados, derivada de la obra de Kelsen y desarrollada también por Merkl en el seno de la llamada Escuela de Viena)³⁵.

La conclusión de ese ejercicio de aproximaciones sucesivas se obtiene al vincular la función administrativa tanto con su modo como con su elemento finalista. El ejercicio de potestades públicas (doctrina francesa)³⁶ destinado a la tutela de intereses también públicos (doctrina italiana)³⁷, lo que no necesariamente implica siempre una ventaja para la Administración Pública (tesis de Rivero de las sujeciones en más o en menos). Ni conlleva tampoco, cabe precisar, que siempre que haya un conflicto entre interés general y particular el último se supedita automáticamente al primero³⁸. Ello, comenzando por el hecho de que el interés general es en última instancia la suma de intereses particulares destinados a un fin común. Y además, porque la valoración entre bienes constitucionales se resuelve, entre otros métodos, a través de los test de proporcionalidad y la ponderación, antes que por simplismos pretendidamente apodícticos.

Retomando la noción con que se inició el sub-epígrafe, la función administrativa se refiere entonces a la actividad de rango sub-legal realizada por todos los órganos del Estado en ejercicio de potestades públicas, destinadas a la satisfacción de necesidades de interés general. Esa actividad podrán realizarla los órganos administrativos (Administraciones) de las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial (y en el caso venezolano también órganos de los llamados Poderes Ciudadano y Electoral) del Poder Público en los ámbitos nacional, estatal o municipal³⁹.

³⁵ Véanse entre otros: Giannini, *op. cit.*, pp. 79-81. En la doctrina venezolana, entre otros: Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, pp. 678-682; Peña Solís, *op. cit.*, pp. 47-52 y 59-61; Lares Martínez, Eloy; *Manual de Derecho Administrativo*. Décima segunda edición Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001, pp. 21-24. Afirmando expresamente la influencia doctrinaria de esa Escuela: Brewer-Carías, *Tratado... Los actos administrativos...*, pp. 68, 154, 214, 268, 273. De allí que se señala que a la luz de las normas constitucionales, la asunción de un criterio estrictamente orgánico termina siendo <<contaminado>> por evidentes elementos funcionales (Hernández G., *Introducción...*, pp. 66-69); véase también: Pérez Luciani, *op. cit.*, pp. 24-25.

³⁶ Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo Constitucional...*, pp. 159-162; Hernández G., José Ignacio: *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2012, pp. 106-107; Hernández G., *Introducción...*, pp. 44 y 77-82.

³⁷ En la doctrina nacional, entre otros: Peña Solís, *op. cit.*, pp. 47-52. Con aportes alemanes y españoles, según señala Hernández G., *Introducción...*, pp. 84-88.

³⁸ Como de manera simplista y sesgada tiende a sostener la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. *Cfr.* entre otros: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: "Interés general y tutela cautelar en el contencioso-administrativo: Reseña de una peligrosa tendencia jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 2, Caracas, enero-abril, 2014, pp. 211-257.

³⁹ En ese sentido se señala: <<Pero la organización administrativa del Estado no se agota, por ejemplo a nivel nacional, en el ámbito de la "Administración Pública nacional central" que ejerce el poder ejecutivo, pues existen órganos administrativos que derivan de la separación orgánica de poderes que ha establecido la Constitución de 1999, como los órganos del poder ciudadano 351 y del poder electoral, regularizando así la existencia de órganos del Estado con autonomía funcional que en la Constitución de 1961 existían (Consejo de la Judicatura, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República) y que no encuadraban en la clásica trilogía de poderes: legislativos, ejecutivos y judiciales, ni dentro de los órganos que ejercían el poder legislativo, ni dentro de los órganos que ejercían el poder ejecutivo, ni dentro de los órganos que ejercían el poder judicial, y que sin embargo

Adicionalmente, esa función se diferenciará de la política o gubernativa por cuanto la primera es de carácter sub-legal (ejecución directa de la ley e indirecta de la Constitución) mientras que la última es de rango equiparable al legal (ejecución directa de la Constitución)⁴⁰; participará del carácter creador de la función normativa en cuanto a la potestad de dictar actos de carácter general y abstracto, pero estará limitada también en este caso por el del rango de las disposiciones, que serán reglamentarias para que puedan considerarse administrativas, y legales para que entren en la órbita de la función legislativa en sentido estricto. Y en lo que respecta a la función jurisdiccional, compartirán ambas su condición de ejecutoras de normas legales, pero se diferenciarán en que las sentencias judiciales definitivamente firmes producirán los efectos de la cosa juzgada formal y material, no así los actos administrativos.

Se trata de una definición sincrética y detallada, pero que tampoco es ajena a desarrollos dogmáticos de otras latitudes⁴¹, como se verá en el siguiente epígrafe. E implica que actos administrativos dictan no solo los órganos del Ejecutivo Nacional, Estadal y Municipal, sino todos los órganos que ejercen el Poder Público, en la hipótesis de que tales actos se produzcan con ocasión del ejercicio de la función administrativa. Lo mismo puede predicarse en general de la actividad administrativa, que incluye tanto actos formales como otras manifestaciones del ejercicio del Poder Público.

Estas premisas determinan a su vez la concepción interorgánica de la Administración Pública, y también inciden en la noción del Derecho Administrativo, que se examinará brevemente a continuación.

II. REGRESANDO A LOS CONCEPTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE LIMITA NI SE IDENTIFICA CON EL PODER EJECUTIVO. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA COMO CRITERIO COMPLEMENTARIO AL ORGÁNICO PARA DEFINIR A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En virtud de lo expuesto en los epígrafes precedentes, el carácter interorgánico de la Administración Pública determina que su presencia no se limita al Poder Ejecutivo⁴², ni por supuesto se identifica con tal Poder⁴³. Si la función administrativa es ejercida por todas las ramas del Poder Público, entonces la misma no puede equipararse a una institucionalidad inserta en una organización administrativa estáticamente ubicada en una sola rama. Así pues, la sola idea de la Administración organización o Administración aparato no parece explicar satisfactoriamente la presencia de ese complejo orgánico en todo el quehacer del sector público.

*formaban parte de la organización administrativa de la Administración del Estado y, en general, de lo que siempre se ha conocido como Administración Pública nacional>> (Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, p. 364).*

⁴⁰ Aunque ciertamente la Administración Pública en sentido funcional no se agota en la mera ejecución de la Ley, como señala Hernández G., *Introducción...*, pp. 75-76.

⁴¹ *Cfr.* Hernández G., *Introducción...*, pp. 99-100.

⁴² Como fue en la concepción teórica original (Giannini, *op. cit.*, p. 65).

⁴³ Véase también en la doctrina venezolana, entre otros: Araujo-Juárez, *Derecho...*, pp. 242-243; Hernández G., *Introducción...*, pp. 72-73; Peña Solís, *op. cit.*, pp. 63-64.

No hay tampoco asimilación entre Administración Pública y Poder Ejecutivo. La primera se disemina en los diversos órganos del Poder Público, por lo que se podría afirmar que hay tantas Administraciones Públicas como niveles y ámbitos organizativos en el Ejecutivo, el Legislativo e incluso el Judicial⁴⁴. No sucede así en cambio con la personalidad jurídica, que en nuestro Derecho Público se otorga a los entes con forma de Derecho Público o de Derecho Privado, estatales o no, reconocidos por el ordenamiento jurídico. Y que en última instancia, se reconducen al Estado-Nación (República) en la órbita del Derecho Internacional Público⁴⁵.

El fenómeno antes descrito evidencia, a nuestro modo de ver, quizá el principal escollo que encuentran las tesis a ultranza subjetivistas para definir e identificar a la Administración Pública. Desde el momento en que se reconoce que hay una actividad *materialmente* administrativa que realizan órganos insertos en los diversos Poderes del Estado, y no solamente en el Ejecutivo, quedan dos opciones.

O bien se acepta que el criterio orgánico o subjetivo se complementa o combina según el caso con el criterio funcional o material⁴⁶, o se insiste en la única presencia del

⁴⁴ Para un mayor desarrollo, puede verse: Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, pp. 362-367. En similar sentido: Araujo-Juárez, *Derecho...*, p. 243. Véase por ejemplo en otras latitudes: Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵ Véase: Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, p. 669. En similar sentido: Araujo-Juárez, *Derecho...*, p. 243.

⁴⁶ Esta posición es asumida incluso en Europa. Por ejemplo, un sector de la doctrina italiana distingue dos sentidos de la Administración Pública, el subjetivo y el formal o procedimental (Romano, A.: *Introduzione*. En: Mazarolli, L., Pericu, G., Romano, A., Roversi Monaco, F.A. Y Scoca, F.G.: *Diritto Amministrativo*. I. Monduzzi Editore. Bologna, 1993, pp. 8-11). Mas luego señala que hay casos en los que actos sustancial o formalmente administrativos son dictados por órganos legislativos o jurisdiccionales, vinculándolo con una cierta superposición de funciones diversamente caracterizadas. Coloca como ejemplos los actos emanados de las altas autoridades del Ejecutivo, subjetiva y formalmente correspondiendo su ejercicio a potestades administrativas (*Ibidem*, p. 11). En el caso alemán, se cuestiona la adopción única de la concepción funcional o material de la Administración Pública, en razón de que daría resultados poco satisfactorios. Ello en la hipótesis que se acoja una definición residual, por cuanto se requeriría que los ámbitos restantes estuvieran bien delimitados, así como porque dejaría fuera de lugar funciones que no pueden incardinarse en el esquema tradicional de la separación de poderes, como es el caso de la actividad de control. Pero también en el supuesto de que se intente dar una definición positiva, pues sus resultados son abstractos y difícilmente comprensibles. No obstante, se subraya que la tendencia reciente es a combinar ambas formas de definir a la Administración Pública en sentido material, aunque con resultados insatisfactorios. De ello se concluye, curiosamente, que no obstante los borrosos contornos de estos intentos de definición caben identificarse rasgos característicos que se encuentran con mucha frecuencia y que caracterizan a la actividad administrativa (Maurer, Harmut: *Derecho Administrativo. Parte general*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 49-50; en análoga orientación, señala una autora francesa que para identificar el campo de actividad del Derecho Administrativo hay al menos cuatro criterios complementarios (servicio público, potestad pública, protección del interés general, control público): Morand-Deville, Jacqueline: *Derecho Administrativo*. Traducido de la 14ª edición de 2015 por Zoraida Rincón Ardila y Juan C. Peláez Gutiérrez. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, p. 33). Para otra reciente doctrina francesa, la definición de Administración Pública se identifica como una actividad por la cual las autoridades públicas e incluso privadas en ciertos casos, emplean prerrogativas públicas para la satisfacción de necesidades del interés público (Waline, Jean: *Droit Administratif*. 26ª edición. Dalloz, Paris, 2016, p. 14). En similar sentido, se señala que el Derecho Administrativo es el Derecho de la actividad administrativa, de la acción o función administrativa (Truchet, Didier: *Droit Administratif*. 4ª edición. PUF. Paris, 2012, p. 51). Luego de ello, se refiere brevemente el problema de la función administrativa y su relación con las otras funciones del Estado (Legislación y Jurisdicción), precisando que esta se identifica con lo que resulta de restar a estas últimas y vincularlo con el ejercicio de potestades públicas. No obs-

primero y por consiguiente se niega la relevancia jurídica de un hecho perfectamente constatable, como lo es la actividad administrativa realizada por los Parlamentos y los Tribunales. Para ello, se señalará que lo último es excepcional, o que se trata de un uso meramente instrumental de las técnicas propias del Derecho Administrativo por parte de organizaciones que no son administrativas.

Mas —y he aquí la paradoja— si se admite la existencia de una actividad <<materialmente>> administrativa⁴⁷, es porque hay un mínimo de elementos objetivos que llevan a caracterizarla de esa forma, así sea más por descarte antes que por razonamiento sistemático⁴⁸.

Empero, no es esa última la tesis predominante en la doctrina venezolana, y mucho menos en la jurisprudencia. Dondequiera que puede identificarse a la función administrativa, hay por ende entonces en nuestro Derecho Público una Administración Pública funcionalmente identificada. Por eso en el ordenamiento venezolano la definición de acto administrativo no es meramente orgánica sino predominantemente funcional, y en tal virtud, interorgánica, más allá incluso de lo que dispone el Derecho positivo⁴⁹.

Y así también lo es la actividad administrativa⁵⁰, destinada a ser el objeto del procedimiento administrativo en el ámbito del Derecho Administrativo Formal⁵¹. Criterio

tante, dada la insuficiencia del criterio hay que completarlo con la noción del Derecho Administrativo institucional, con la Administración (con mayúsculas) en su noción orgánica y subjetiva. De allí que el Derecho Administrativo se compone de las reglas aplicables a la actividad administrativa en sus dos vertientes, institucional y material (*Ibidem*, pp. 52-53). Por consiguiente, lo que se propone es una aproximación o enfoque tanto funcional como orgánico de la Administración Pública, aun cuando ambas nociones no son siempre completamente coincidentes. Ello, toda vez que la noción funcional puede resultar en ocasiones más extensa que la orgánica, habida cuenta de la posibilidad de que órganos no administrativos ejerzan funciones administrativas. Así pues, hay un elenco de situaciones que van desde el ejercicio de funciones administrativas por órganos o entes públicos, o bien por entes privados, actividades de interés general no erigidas en servicio público, e incluso intervención del Derecho Administrativo en los intereses propios de sociedades privadas) (Frier, Pierre-Laurent et Jacques Petit: *Droit Administratif*. 7^e édition. Montchrestien. Paris, 2012, pp. 22-23). En similar orientación respecto a la multiplicidad de criterios para identificar a la Administración Pública y definir al Derecho Administrativo, previamente por ejemplo: DE Laubadère, André, Venezia, Jean-Claude et Yves Gaudement: *Traité de Droit Administratif*. Tome I. 15^e édition. L.G.D.J. Paris, 1999, pp. 20-24 y 40-54.

⁴⁷ O bien de una actividad <<objetivamente>> administrativa que realizan los órganos del Estado distintos al Poder Ejecutivo, lo que en palabras de Alli Aranguren, *op. cit.*, p. 391, contribuye a limitar el alcance de la concepción subjetiva. De allí que luego complementa al acotar que: <<Se constata que la complejidad organizativa del Estado, incluidos los órganos constitucionales, ha supuesto una nueva visión que, si bien se refiere al sujeto, no puede olvidar el elemento objetivo de la consideración de la actividad, sobre todo en cuanto a las Administraciones instrumentales de aquéllos>> (*Ibidem*, p. 396).

⁴⁸ O por otra, se distingue entre <<función administrativa propia>> o <<actividad propiamente administrativa>> (Pérez Luciani, *op. cit.*, pp. 27-30, lo que haría suponer que el resto de la actividad que realiza la Administración Pública sería función o actividad administrativa <<impropia>> (actividades normativa, organizativa, privada y con medios de Derecho privado (*Ibidem*, pp. 27-28). Cabe preguntarse si con este planteamiento el autor no termina aceptando lo que previamente había cuestionado

⁴⁹ Cfr. entre otros: Brewer-Carías, *Tratado... Los actos administrativos...*, pp. 138-160; Hernández G., *Introducción...*, pp. 102, 108-113; Fariás Mata, Luis H. "Acto administrativo, materia del recurso contencioso de anulación". En la obra colectiva: *Avances Jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela. XVIII Jornadas "J.M. Domínguez Escobar"*. T. II. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela, pp. 11-20.

⁵⁰ Brewer-Carías, *Tratado... Los Actos Administrativos...*, p. 155-157.

plenamente recibido no solo en los principios dogmáticos⁵², sino también en el régimen legal del contencioso administrativo venezolano, como se verá brevemente a continuación. De tal suerte que hay que adentrarse en aguas del Derecho Procesal Administrativo para culminar el desarrollo argumental aquí brevemente expuesto.

III. LA RECEPCIÓN DE UN PRINCIPIO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO POSITIVO. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA COMO VARIABLE IDENTIFICADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LO REFERENTE A SU CONTROL JUDICIAL Y SUS CONSECUENCIAS

Lo resumido en las páginas precedentes como posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia venezolanas, encuentra mayor asidero en el Derecho positivo a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en lo sucesivo LOJCA).

En efecto, el artículo 7 de la LOJCA establece como criterio para identificar a los órganos y entes sometidos al control de la Justicia Administrativa, una enumeración de estos. A saber:

Artículo 7. Entes y órganos controlados

Están sujetos al control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

1. Los órganos que componen la Administración Pública;
2. Los órganos que ejercen el Poder Público, en sus diferentes manifestaciones, en cualquier ámbito territorial o institucional;
3. Los institutos autónomos, corporaciones, fundaciones, sociedades, empresas, asociaciones y otras formas orgánicas o asociativas de derecho público o privado donde el Estado tenga participación decisiva;
4. Los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa;
5. Las entidades prestadoras de servicios públicos en su actividad prestacional; y

⁵¹ Véanse entre otros: Araujo-Juárez, José: *Derecho Administrativo General. Procedimiento y Recurso administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 10-12 y 38-45; Hernández G., *Lecciones...*, pp. 99-114, 116-118. Un sector de la doctrina sostiene que la actividad propiamente administrativa se circunscribe a actos administrativos y es la que constituye la verdadera función administrativa (Pérez Luciani, *op. cit.*, p. 28).

⁵² Mención aparte, amerita recordar que la definición básica del Derecho Administrativo, a saber: la rama jurídica que regula la organización y funcionamiento de la Administración Pública, así como las relaciones de esta con los particulares, conlleva primero a definir qué es ese complejo orgánico. Pues bien, si se admite que ésta no se identifica con el Ejecutivo, hay que aceptar que la definición de ese implica considerar no solo elementos orgánicos sino también materiales o funcionales. Por consiguiente, así como la Administración Pública (o las Administraciones Públicas si se quiere), está presente en todo el Poder Público, el Derecho Administrativo se aplica a todas las actuaciones de este en la medida en que regula a sus Administraciones Públicas. Una vez más las definiciones meramente subjetivas u orgánicas lucen insuficientes incluso para explicar el ámbito de aplicación de la disciplina.

6. Cualquier sujeto distinto a los mencionados anteriormente, que dicte actos de autoridad o actúe en función administrativa.

La enunciación es bastante deficiente en sus términos y carente de orden y sistematicidad⁵³. Pero de ella puede concluirse, en lo que interesa a lo aquí tratado:

PRIMERO: Que evidentemente, la rama Ejecutiva del Poder Público está sometida al control contencioso administrativo (artículos 7.1 y 7.3.), pero no solamente esta.

SEGUNDO: Que todas las ramas del Poder Público, en los ámbitos nacional, estatal y municipal, están sujetas al control de los tribunales contenciosos (artículo 7.2).

TERCERO: Que incluso los particulares, en ciertos supuestos, también pueden ser objeto de control jurisdiccional contencioso administrativo (artículos 7.4, 7.5 y 7.6). Básicamente en las hipótesis de ejercicio excepcional de potestades administrativas en virtud de expresa asignación legal o sobre la base de la prestación de actividades calificadas como de servicio público⁵⁴.

Esos enunciados necesariamente requieren completarse con la segunda variable que circunscribe el ámbito de aplicación de la Ley, pues de lo contrario se excedería –y con mucho– el ámbito competencial delineado de forma abierta por el artículo 259 constitucional. A saber, el tipo de actividad que determina que sean los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa los competentes para revisar su juridicidad a la vez que tutelar los derechos e intereses de los particulares frente a esta. Y no es otra que la actividad administrativa.

Lo que conlleva a que, en última instancia, es la actividad administrativa –objetivamente considerada, con prescindencia de su origen– el segundo eje configurador de la competencia de la Justicia Administrativa. Ello es corroborado por el inicio del artículo 8 de la misma LOJCA.

De allí que la regla general es que el sujeto de control de la jurisdicción contencioso-administrativa es la Administración Pública y el objeto la actividad administrativa, así como que la primera no se limita ni mucho menos se identifica con el Poder Ejecutivo. Hasta allí, la ley se limita a recoger de forma mínimamente sistemática los criterios jurisprudenciales y doctrinarios previos en aplicación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia⁵⁵.

⁵³ Con razón se ha expresado que: <<Todo este universo de personas jurídicas sometidas a la jurisdicción contencioso administrativa, está precisado en el artículo 8 de la Ley Orgánica, aun cuando con una falta de coherencia pasmosa>> (Brewer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. La Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Volumen VI. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, p. 855). Véase sobre dicho precepto legal nuestro trabajo: “La enumeración de los entes y órganos sometidos al control contencioso-administrativo según el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (o cuando el Legislador sí se equivoca)”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-III. Edición Homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén. Caracas, 2018, pp. 731-759; así como la bibliografía allí citada.

⁵⁴ Ello tampoco es novedoso si se incluye la variable funcional y dinámica en la delimitación de la Administración Pública. Por ejemplo véase recientemente: Hernández G., *Introducción...*, pp. 92-93.

⁵⁵ Véanse entre otros: Brewer-Carías, *Tratado...La Jurisdicción...*, pp. 184-185, 418-459, 651-653 y 853-859; Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo Constitucional...*, p. 380.

Pero lo novedoso del precepto legal es la expresa inclusión como variable complementaria a la visión orgánica, de la funcional, al acoger expresamente una categoría dogmática –la función administrativa– como elemento identificador en el Derecho Positivo⁵⁶.

En efecto, y esta es la última –o quizá penúltima–⁵⁷ conclusión que puede extraerse en lo que interesa a estas páginas; esto es:

CUARTO: Que la función administrativa es un criterio objetivo tan relevante para determinar el ámbito competencial de la Justicia Administrativa, como lo es la variable orgánica o subjetiva⁵⁸. No otra cosa puede colegirse de la disposición que establece que está sometido al control contencioso administrativo cualquier sujeto distinto a los previamente enunciados que actúe en función administrativa (artículo 7.6). Precepto que, como expusimos en otra ocasión, hace superfluo el contenido del previo apartado 7.4⁵⁹.

Entre las consecuencias de esta regulación, la que resulta quizá más relevante a los efectos de lo aquí abordado, es que, al menos en lo que se refiere a su tratamiento adjetivo –lo que no es poco–, la Administración Pública es concebida de forma tan amplia como la doctrina y la jurisprudencia lo venían haciendo, incluso con expresa recepción

⁵⁶ Cabe destacar que la Ley procesal administrativa venezolana no es la única que adopta esta posición. Así por ejemplo, los artículos 1.b, 16 y 13.e de la Ley costarricense (Ley N° 8508 publicada en el alcance N° 38 a la Gaceta N° 120 del 22 de junio de 2006, Código Procesal Contencioso Administrativo), el artículo 104 de la Ley Colombiana (Ley 1437 de 2011 publicada en el Diario Oficial N° 47.956 del 18 de enero de 2011, actualmente en reforma, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reformada parcialmente por la Ley Estatutaria 1755 de 30 de junio de 2015, por medio de la cual se regula el Derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código Administrativo y Contencioso Administrativo de Colombia) y más recientemente los artículos 1, 2 y 29.a del Proyecto dominicano de Ley sobre Control Judicial de la Administración Pública.

⁵⁷ El último sería el ingreso formal en las normas legales de la actividad de servicio público como título competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 7.5), en desarrollo del único añadido de importancia que contiene el artículo 259 de la Constitución vigente, con relación a su antecedente inmediato, el artículo 206 de la Constitución de 1961. Comentar el asunto excede el propósito de estas páginas. En todo caso, véase nuestro trabajo: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: “El ámbito objetivo de aplicación del control de la jurisdicción contencioso administrativa a la luz de la obra de José Araujo-Juárez. Luces y sombras del artículo 8 de la LOJCA”. En: Hernández-Mendible, V.R. y J.L. Villegas Moreno (Dirs.): *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum* al Profesor José R. Araujo-Juárez. Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) Universidad Monteávila-Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Caracas, 2018, pp. 684-687. Una segunda versión fue publicada en la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia número 12. Caracas, 2019, pp. 201-254; así como la bibliografía allí citada.

⁵⁸ De allí que, como señala la doctrina: <<...la clave de esta norma está en la determinación de qué ha de entenderse por función administrativa, que es una de las funciones del Estado, en paralelo a la función normativa, a la función política y a la función jurisdiccional, mediante la cual los órganos y entes públicos entran en relación con los particulares, como sujetos de derecho, gestores del interés público. De allí la distinción entre la función de crear el derecho (normativa), de aplicar el derecho imparcialmente (jurisdiccional), y de actuar en relaciones jurídicas como sujeto de derecho, al gestionar el interés público (administrativa), lo cual puede realizarse, en ciertos casos por entidades no estatales. En las dos primeras, el Estado, al crear el derecho o al aplicarlo, es un tercero en las relaciones jurídicas que surjan; en la última, en cambio, el Estado o quien la ejerce es parte de la relación jurídica que se establece entre la Administración y los particulares, como sujeto de derecho gestor del interés público. De allí que la personalidad jurídica del Estado se concrete en el orden interno, básicamente cuando sus órganos ejercen la función administrativa>> (Brewer-Carias, *Tratado...La Jurisdicción...*, pp. 856-857).

⁵⁹ Torrealba Sánchez, *La enumeración...*, p. 754.

de un concepto dogmático que, como ha podido verse, no deja de suscitar polémica. No es otro este último que la noción de Administración Pública en sentido material o funcional, configurada por la aceptación de la función administrativa como una de las funciones del Estado. Y por ende, por el carácter interorgánico de la Administración o Administraciones Públicas.

Descrita entonces la recepción en el Derecho positivo del principio que ha venido tratándose en estas páginas de forma sumaria, y que determina que la Administración Pública está presente en todas las ramas del Poder Público, parece que puede sostenerse que habrá tantas Administraciones Públicas como actividades administrativas realicen los órganos que ejercen ese Poder (interorganicidad e interfuncionalidad). Resta por hacer algunas consideraciones finales.

CONCLUSIONES

El principio del carácter interorgánico de la Administración Pública, entendido como la presencia y actuación de ésta en todas las ramas del Poder Público en los diversos ámbitos político-territoriales (nacional, estatal y municipal en el caso venezolano), es un fenómeno fácilmente susceptible de constatación en el Estado Constitucional moderno. En tal virtud, la actividad administrativa no la realiza solamente el Ejecutivo, lo cual es a su vez consecuencia del carácter interfuncional de los actos estatales, y en última instancia, de la condición interorgánica de las funciones del Estado⁶⁰.

Bajo esas premisas, no hay mayor discrepancia ni tan siquiera teórica en admitir la existencia de una actividad administrativa desempeñada por los Parlamentos, Tribunales y demás órganos del Estado distintos a la Administración Pública encuadrada en el Ejecutivo. Señalar que ello es una excepción, una anomalía o un mero accidente para mantener a ultranza las tesis subjetivistas u orgánicas en el concepto de Administración Pública es una opción dogmática⁶¹. Otra es, y en ella se inscribe la doctrina mayoritaria iberoamericana y dentro de ella la venezolana, postular que la Administración Pública no se encuadra en un complejo orgánico único y monolítico, sino que por el contrario, donde quiera que hay actividad administrativa también está presente una Administración Pública, dictando actos administrativos y realizando actividad administrativa.

En el ordenamiento venezolano, tal posición encuentra asidero expreso en la legislación venezolana, en el artículo 8 de la LOJCA, al disponer este que <<Será objeto de

⁶⁰ De allí que se define a la actividad administrativa como <<...toda actividad desarrollada por los órganos competentes de la Administración Pública o con autorización de la misma, de carácter sublegal, realizada en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan>> (Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, p. 676).

⁶¹ Opción que no deja de ser curiosa, pues es sabido, como entre otros bien destaca Hernández G., *Introducción...*, p. 57, que la fijación del Derecho Administrativo, y agregamos, de lo que debe entenderse por Administración Pública <<...se ha realizado tradicionalmente con fines procesales, de cara a determinar el ámbito de competencia de la justicia administrativa>>. Respecto a la finalidad de delimitar la competencia judicial de la contencioso-administrativa en el caso francés como propósito en la identificación de un criterio claro y objetivo del objeto del Derecho Administrativo, puede verse entre otros: Aranguren, Alli, *op. cit.*, p. 89. Y en lo concerniente a las insuficiencias de la perspectiva orgánica, estas por ejemplo han quedado más evidenciadas luego de la Constitución española de 1978 (*Ibidem*, pp. 384-388).

control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la actividad administrativa...>> realizada por los diversos órganos del Estado. Postura que armoniza con el reconocimiento también expreso de la importancia decisiva de la función administrativa como categoría conceptual que determina la aplicación del control y tutela judicial de los tribunales contencioso-administrativos, como se refleja en el ya aludido artículo 7 *eiusdem*. Por ello, este último precepto regula –de forma algo paradójica– un ámbito de aplicación subjetivo (entes y órganos controlados) con evidentes elementos objetivos⁶².

A su vez, aceptar que la Administración Pública no puede reconducirse a una determinada organización administrativa pública, y que por el contrario, ella está presente en cada ocasión en que los órganos del Poder Público ejercen la actividad administrativa, luce consecuencia natural y obligada de tal premisa⁶³.

Salvo que se quiera plantear un concepto sustantivo del objeto de nuestra disciplina diverso del procesal, lo que implica postular –de forma algo forzada a nuestro entender– que la Justicia Administrativa enfoca su cometido constitucional en algo distinto a la actividad administrativa. O más aún, en una noción de Administración Pública que es solamente eso a los efectos de su control jurisdiccional. Pero que no es la misma que regula el resto del ordenamiento jurídico administrativo, ni a la que dedica su estudio y regulación el Derecho Administrativo.

Consecuencia de todo lo antes expuesto, es que el principio del carácter interorgánico de la Administración Pública, derivado de los otros principios enunciados en estas páginas y que son tratados con mayor detenimiento por la doctrina, determina una concepción de esta que combina las nociones orgánicas con las funcionales. Ello se refleja a su vez en una determinada concepción del Derecho Administrativo que seguramente será tratada también por otros autores en esta obra.

Para concluir estas breves consideraciones, conviene llamar la atención sobre el fenómeno de que, a pesar de quienes han logrado momentáneamente casi desterrar al Derecho Administrativo venezolano de la práctica diaria de la Administración Pública y de los Tribunales contencioso-administrativos bajo rancios pretextos ideológicos que ya

⁶² Ante ello, entendemos que la siguiente afirmación –atinada en líneas generales– quizá pudiera matizarse: <<La nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha realizado un esfuerzo importante por depurar el criterio de competencia de la justicia administrativa, que aparece ahora anclado en la presencia de una Administración o en el ejercicio de una actividad administrativa (art. 7), con independencia de la forma jurídica adoptada o del Derecho aplicable>> (Hernández G., *Introducción...*, p. 123). Ciertamente hay un ámbito de aplicación que inicia con criterios subjetivos, pero luego en la propia enumeración terminan imponiéndose los elementos objetivos, al punto de aceptarse que cualquier ente, con independencia de su forma jurídica e inserción o no en el aparato estatal, puede ejercer la función administrativa en virtud de asignación legal expresa de potestades administrativas, como es aceptado (*Cfr. Ibidem*, p. 153). Por ende, el orden de importancia de los criterios para determinar a quién controlan los jueces contencioso-administrativos parece apuntar primeramente a la variable <<función administrativa>>.

⁶³ De allí que expone Brewer-Carías, *Tratado... El Derecho Administrativo...*, p. 687: <<...el derecho administrativo puede considerarse, simplemente, como el derecho de la Administración Pública, y en este contexto se puede entender por Administración Pública, en primer lugar, desde el punto de vista orgánico, el conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización y los medios para su funcionamiento; y en segundo lugar, desde el punto de vista material, el ejercicio de la función administrativa como una de las funciones del Estado y la realización de la actividad administrativa del Estado>>. Véase también: *Ibidem*, pp. 724-728.

no logran enmascarar una burda voluntad de poder, esta disciplina jurídica se mantiene en los principios y en la doctrina académica, en espera de la recuperación del Estado de Derecho. Ello, pese a que también desde otro extremo se divisan malabares sofisticos y falacias argumentativas que, al amparo de la lamentable realidad actual del país, pretenden usar al Derecho Administrativo —e incluso a varios de sus más representativos tratadistas nacionales— como chivo expiatorio, achacándole, nada más y nada menos, que ser causa de la entronización autoritaria⁶⁴.

Nada más lejos de la verdad y del sentido común, pues esta disciplina, como todo el Derecho Público, ha nacido y evolucionado en la búsqueda de establecer controles y límites al ejercicio del Poder Público. De allí que el Derecho Administrativo está destinado a luchar contra las inmunidades del Poder, como dijo García de Enterría. Por ende, justamente son los parámetros del Derecho Público los que, al resultar violados, permiten distinguir claramente entre una sociedad que vive bajo la cláusula del Estado Constitucional de Derecho y otra que no.

Así pues, parece conveniente recordar que, por más tergiversaciones que se pretendan hacer, esta rama jurídica es el Derecho del poder para la libertad, en feliz expresión de González Navarro⁶⁵. Y que luego de más dos siglos de inobjetada existencia, como expresa el profesor José Luis Villegas Moreno, el Derecho Administrativo sigue gozando de buena salud.

⁶⁴ Un reciente ejemplo: Villegas Ruiz, Jesús A. *Algunos problemas del Derecho Público venezolano actual*. Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela 2019. Centro para la Integración y el Derecho Público-UCV. Caracas, 2020, pp. 13-36.

⁶⁵ González Navarro, Francisco. *Derecho Administrativo español*. Volumen I. Ediciones EUNSA. Navarra, España, 1995, pp. 423-428.

29. PRINCIPIO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y EL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE SU EJERCICIO

Rosibel GRISANTI DE MONTERO*

“Todos los poderes se orientan naturalmente hacia la unidad y sólo con mucho arte se logra mantenerlos divididos”
Alexis de Tocqueville

Resumen: El presente estudio se refiere a la distribución del Poder Público en Venezuela, con fundamento en las previsiones de la Constitución –que ha arribado a sus veinte años–, para analizar el principio del carácter interorgánico del ejercicio de las funciones del Estado. Transitamos por el ámbito de la distribución orgánica del Poder Público, tanto desde el punto de vista territorial como por las funciones del Estado, para abordar el tema de la no coincidencia de la división de poderes con la división de funciones. Esto nos lleva a la definición material de las funciones estatales, tanto en su concepción amplia como la restringida, para adoptar una posición en cuanto al sentido y alcance del principio objeto de nuestro estudio.

Palabras claves: Funciones estatales, interorgánico, distribución, división.

Abstract: This study refers to the distribution of Public Power in Venezuela, based on the provisions of the Constitution –which has reached its twentieth birthday–, to analyze the principle of the interorganic nature of the exercise of State functions. We travel through the sphere of the organic distribution of Public Power, both from the territorial point of view and through the functions of the State, to address the issue of the non-coincidence of the division of powers with the division of functions. This leads us to the material definition of state functions, both in their broad and restricted conceptions, to adopt a position regarding the meaning and scope of the principle that is the object of our study.

Key words: State functions, interorganic, distribution, division.

I. SENTIDO Y ALCANCE DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1. *Concepto de funciones estatales*

Las funciones del Estado son aquellas actividades que solo el Estado puede realizar¹. Así, “en la expresión constitucional, por función estatal ha de entenderse la acción

* Profesora de pregrado en la Cátedra de Derecho, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Carabobo, y Profesora de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, Valencia, Venezuela, Egresada como Abogada, mención *Summa Cum Laude*, de la Universidad de Carabobo, Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Procesal por la Universidad Católica Andrés Bello. Correo electrónico: rosigri@hotmail.com

que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido que solo en ejercicio del Poder Público puede cumplirse. Por tanto, las funciones estatales se configuran como aquellas tareas o cometidos esenciales al aparato estatal que le dan razón de ser y que no pueden ejercerse sino en virtud de la potestad constitucional que se identifica con el Poder Público”².

Cabe destacar que, en virtud de la distribución orgánica del Poder Público, en aplicación del principio de la separación de poderes –que implica una separación de funciones–, la Constitución ha establecido una serie de funciones que son ejercidas por los órganos que conforman los distintos niveles de distribución territorial del Poder, como se observa en el artículo 136. Funciones éstas que constituyen las actividades que se definen como *funciones del Estado*.

Ahora bien, en este punto resulta importante destacar la distinción terminológica que expone Schmidt-Assmann³: Se trata de los conceptos de funciones públicas, funciones del Estado y funciones administrativas. “Por *funciones públicas* cabe entender aquellos cometidos materiales que sirven para promover directamente el interés general, mediante la satisfacción de necesidades colectivas. *Funciones del Estado* son aquellas funciones públicas que son desempeñadas por los poderes públicos, así como por los organismos internacionales. Por consiguiente, no todas las funciones públicas son funciones del Estado⁴. Ciertamente, los poderes públicos, en la medida en que son los únicos que necesitan justificar su actuación en la persecución del bien común, están comprometidos de un modo especial con el conjunto de las funciones públicas, pero hay importantes funciones públicas que son atendidas por sujetos privados, y otras que son desempeñadas conjuntamente por sujetos públicos y privados. Finalmente, *funciones administrativas* son aquellas funciones de los poderes públicos que son confiadas a las Administraciones públicas para su cumplimiento con medios administrativos”. De esta interesante distinción que expone la doctrina alemana, tomamos la definición de funciones del Estado a los fines de delinear el principio objeto de estudio, en cuanto al carácter interorgánico de su ejercicio.

En lo que atañe a la definición de funciones del Estado, ha destacado igualmente Schmidt-Assmann la falta de una doctrina acabada sobre estas funciones. Lo que ocurre, en el fondo, es que con los tres conceptos antes indicados (funciones públicas, del Estado y administrativas) no se están definiendo ámbitos perfectamente deslindados entre sí, sino zonas en las que la combinación de responsabilidades públicas y privadas

¹ Como ha indicado el Maestro Brewer-Carías (2020), en la videoconferencia inaugural del Aula Virtual que lleva su nombre, sobre *Principios Fundamentales del Derecho Público*, emitida el 20 de abril de 2020. Actividad académica conjunta desarrollada por Universitas Fundación y la Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA), la cual puede ser consultada en el canal de *YouToube* de Universitas Fundación (<https://youtu.be/-3pjMnj18q0>).

² Como destaca otro gran Maestro del Derecho Administrativo, el Prof. Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo*, Manuales Universitarios, Ediciones Paredes, Caracas 2013, pp. 135-136.

³ En su obra *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 168-169.

⁴ Isensee, en *HStR*, vol. 3, § 57, núms. margs. 136 y ss., y Schulze-Fielitz, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 11 (16 y 17), cita de Schmidt-Assmann, p. 169, nota 108.

adquiere una diferente intensidad⁵. En tal sentido, destaca Schmidt-Assmann que se ha intentado formular una teoría de valor general sobre las funciones del Estado, pero nunca se ha conseguido⁶. Ciertamente, en la garantía de la seguridad exterior e interior, en la evitación de peligros y en la atención de las necesidades básicas de la población –señala el citado autor– cabe identificar complejos de actividades que todos los Estados modernos suelen considerar como funciones propias⁷. Es así como en la doctrina alemana, algunos autores consideran que no existen funciones del Estado por naturaleza⁸. De seguidas señala Schmidt-Assmann: “Las funciones de los poderes públicos no resultan de un concepto abstracto del Estado, sino de las previsiones del respectivo ordenamiento constitucional”⁹. Esta última acotación resulta fundamental para el desarrollo de nuestro estudio, en el sentido de definir como funciones del Estado aquellas actividades que han sido atribuidas a órganos del Poder Público, según las disposiciones de la Constitución.

Compartimos el criterio expuesto por Schmidt-Assmann, en cuanto a la distinción entre funciones públicas, funciones del Estado y función administrativa, porque la misma explica cómo los particulares pueden realizar actividades que sirven para promover y actualizar el interés general, y allí encuentra su fundamento la figura del *acto de autoridad* o acto administrativo emitido por particulares. Además, esa distinción nos permite comprender figuras tales como el arbitraje, como medio de resolución de conflictos, y la prestación de servicios públicos por personas privadas. Así mismo, la preindicada distinción permite realizar un análisis del principio de las funciones del Estado y el carácter interorgánico de su ejercicio, en atención a las previsiones de nuestra Constitución.

2. Clasificación de las funciones del Estado

En este punto es importante indicar que, en primer lugar, existe una clasificación tradicional o tripartita de las funciones del Estado, que tiene su fundamento en el principio de separación de Poderes, según la cual se distingue la función ejecutiva, la legislativa y la judicial. La *función ejecutiva*, que tiene por norte realizar actividades tendentes a la satisfacción de los intereses generales, a través de actos de gobierno y actos administrativos, en ejecución del ordenamiento jurídico. Por eso, con respecto a la función ejecutiva, la doctrina distingue entre la función política o gubernamental y la función administrativa¹⁰. La *función legislativa* comprende las actividades del Estado que

⁵ Schmidt-Assmann, *ob. cit.*, p. 169, quien indica que, en parecido sentido, Schulze-Fielitz, en Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 11 (17), señalan que: “El núcleo del debate sobre las funciones del Estado reside en el escalonamiento de los marcos organizativos de Derecho público para la libre actuación de los particulares en interés público”.

⁶ Herzog, en *HStR*, vol. 3, § 58, núm. marg. 1, cita de Schmidt-Assmann, p. 169 nota 110.

⁷ *Vid.*, al respecto, Gusy, *DÖV*, 1996, pp. 573 ss. cita de Schmidt-Assmann, p. 169 nota 111.

⁸ Schmidt-Assmann, *ob. cit.*, 2003, p. 169, y cita a Bull, *Staatsaufgaben*, pp. 99 ss; Häberle, *AöR*, 1986, p. 595 (601).

⁹ Y agrega que, aun centrando el examen en la Constitución, tampoco cabe obtener de ella, en modo alguno, un sistema acabado de funciones del Estado.

¹⁰ Al respecto, señala Araujo-Juárez (2013) que dentro del ámbito y actuación del Poder Ejecutivo se distingue, a su vez: (i) la función administrativa como función estatal; y (ii) la función política o gubernamental, para lo cual es necesario determinar la manera de saber cuándo el Poder Ejecutivo actúa políticamente o como Gobierno, y cuándo actúa con carácter administrativo (*vide Derecho Administrativo*, p. 137).

se manifiestan en la promulgación de normas jurídicas de carácter general y abstracto, para regular materias fundamentales de la vida social, en ejecución directa de la Constitución (reserva legal). La *función judicial*, dirigida a la solución de controversias, mediante decisiones que ponen fin al litigio, con carácter definitivo, en aplicación del Derecho vigente.

Ahora bien, nuestra vigente Constitución ha ampliado esta clasificación tripartita de las funciones del Estado, al incluir, dos nuevas ramas del Poder Público: el Poder Ciudadano o Poder Moral, y el Poder Electoral¹¹. Al respecto, señala la Exposición de Motivos de la Constitución, que “el título referente al Poder Público adquiere especial significación dado que se propone rescatar la legitimidad del Estado y de sus instituciones, recuperando la moral pública y la eficiencia y eficacia de la función administrativa del Estado, características complementarias e indispensables para superar la crisis de credibilidad y de gobernabilidad que se ha instaurado en el país en los últimos tiempos. En las Disposiciones Generales, en primer lugar se consagra la conocida distribución vertical del Poder Público: Poder Municipal, Estadal y Nacional; colocados en este orden según su cercanía con el ciudadano, sujeto protagónico de este modelo de democracia participativa. En lo que respecta a la distribución horizontal del Poder Público Nacional se incorporan, además de las funciones tradicionales, la innovación de los denominados Poder Electoral y Poder Ciudadano”. La razón de esta novedosa inclusión –continúa la Exposición de Motivos– se entiende en un contexto social y político en el cual se deben dar signos claros del respeto a la independencia y autonomía funcional de la que deben gozar los órganos encargados de desarrollar las funciones respectivas, para facilitar la recuperación de la legitimidad perdida en terrenos tan delicados como el de los procesos electorales; así como el de la función contralora y la defensa de los derechos humanos. “Se consagra, igualmente, una división de las funciones que corresponden a cada rama del Poder Público, tanto en sentido vertical como horizontal. Pero si bien se acepta la especialidad de la tarea asignada a cada una de ellas, se establece un régimen de colaboración entre los órganos que van a desarrollarlas para la mejor consecución de los fines generales del Estado”¹².

¹¹ Sobre este tema, ha destacado el Maestro Brewer-Carías que, en este aspecto instrumental de organización del Estado, la Constitución venezolana de 1999 puede decirse que se convirtió en un punto de referencia en el constitucionalismo contemporáneo al haber superado la clásica división tripartita del Poder Público y haber adoptado un novedoso sistema de separación orgánica del Poder al distribuirlo en cinco Poderes, al agregar a los tres tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), dos nuevos, el Poder Ciudadano (que comprende los órganos con autonomía funcional que existen en forma variada en todos los países, en nuestro caso, el Ministerio Público, el defensor del Pueblo y la Contraloría general de la República) y el Poder Electoral que comprende los órganos encargados de llevar adelante los procesos electorales (Consejo Nacional Electoral). Estos cinco conjuntos orgánicos en el texto de la Constitución se encuentran separados, son autónomos e independientes entre sí, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales y legales específicas (*vide* “El principio de la separación de poderes como elemento esencial de la democracia y de la libertad, y su demolición en Venezuela mediante la sujeción política del Tribunal Supremo de Justicia”, publicado en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo. Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Año 12, N° 12, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez, San José, Costa Rica 2012, p. 33).

¹² *Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo del año 2000.

II. EL EJERCICIO INTERORGÁNICO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1. *La división de funciones y la distribución orgánica*

Al realizar el análisis de la distribución del Poder Público en Venezuela, con fundamento en las previsiones constitucionales, observamos que a tenor de lo dispuesto por el artículo 136, se realiza en primer lugar una distribución territorial o vertical, y luego una distribución por funciones u horizontal del Poder. En efecto, establece el citado artículo, que el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional, esto es, se distribuye entre las diferentes entidades políticas territoriales del país: los Municipios, los Estados y la República; lo cual se explica por ser Venezuela un Estado Federal. Y de seguidas dispone ese mismo artículo que el Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, de lo cual se desprende que la distribución se realiza con fundamento en las funciones propias que le son atribuidas a los órganos a los que les corresponde su ejercicio: la tradicional división de función legislativa, ejecutiva, judicial, y la incorporación de la función moral o ciudadana (o función de control) y la función electoral. Mas, el citado artículo no indica cómo se divide el Poder Público Municipal ni el Estatal, por lo que resulta necesario acudir a las normas que regulan cada una de estas ramas del Poder Público, para determinar que las mismas se dividen en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Ciudadano (en materia de control fiscal), e incorpora un organismo de planificación a nivel municipal y estatal, al que podemos considerar que se le atribuye la función de planificación (como función administrativa).

En atención a la referida distribución territorial del Poder Público y la división de funciones antes indicada, la Constitución consagra la distribución orgánica de esas funciones, a los fines de su ejercicio en las distintas entidades políticas territoriales del Estado, mediante los órganos a los cuales se les ha asignado las referidas funciones. En tal sentido, para sistematizar esta distribución orgánica, podemos desarrollar el esquema que a continuación se explica (y que se representa en el siguiente cuadro):

A. *Poder Nacional*

Esta rama del Poder Público ejerce las competencias previstas en el artículo 156 de la Constitución Nacional, a través de las siguientes ramas:

a. *Poder Ejecutivo*

Es ejercido por el *Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros* y demás funcionarios que determinen la Constitución y la ley (art. 225 CRBV). El Presidente de la República es el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno (art. 226 *eiusdem*). Como se observa en las disposiciones que establecen las atribuciones de los distintos órganos del Ejecutivo Nacional, ejercen la *función ejecutiva* en su doble vertiente de *función de gobierno y función administrativa*. Se lee en la Exposición de Motivos de la Constitución que: “Una de las innovaciones más importantes del texto constitucional consiste en la sustancial modificación del sistema de gobierno, al incorporar un diseño de sistema semipresidencial que se puede calificar como flexible. Este nuevo arreglo institucional se sustenta en dos importantes orientaciones: la primera, la distinción y separación orgánica flexible entre las funciones de jefatura de Estado y de jefatura de gobierno; y la segunda, el establecimiento de una nueva relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo a manera

de sistema de controles y equilibrios de poder. La ingeniería constitucional del nuevo sistema de gobierno semi-presidencial flexible se sustenta en la creación de la figura del Vicepresidente Ejecutivo. Esta nueva institución, a pesar de su denominación de Vicepresidente, es mucho más que la tradicional figura vicepresidencial que acostumbran los sistemas de gobierno americanos. En propiedad, el Vicepresidente que contempla la Constitución no es el típico cargo que tiene la función de resolver la sucesión presidencial por la ausencia temporal o absoluta del Presidente de la República. Más que ello, el Vicepresidente es una institución que comparte con el Presidente el ejercicio de su jefatura de gobierno y responde políticamente por la gestión general del gobierno frente al Parlamento”.

b. *Poder Legislativo*

Es ejercido por la *Asamblea Nacional*, integrada por diputados elegidos en cada entidad federal, a tenor de lo dispuesto por el artículo 186 de la CRBV. Corresponde a la Asamblea Nacional, como función principal, legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional; y ejerce también funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en la Constitución y en la ley, además de otras atribuciones previstas en el artículo 187 constitucional. Al respecto, se indica en la Exposición de Motivos de la Constitución, que “las atribuciones de la Asamblea Nacional son las propias de todo órgano legislativo en un sistema de gobierno semipresidencial o semiparlamentario, como el nuestro. Destacan la función legislativa, la función de control político sobre la Administración Pública Nacional y sobre el Gobierno, las autorizaciones y, en particular, los mecanismos de control del órgano legislativo sobre el Poder Ejecutivo a través del voto de censura al Vicepresidente y a los Ministros, cuyo procedimiento es especial y requiere de votación calificada. Otros mecanismos de control son las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones”.

c. *Poder Judicial*

Es ejercido por el *Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales*, a los que les corresponde conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias; esto es, es atribución de estos órganos el ejercicio de la *función jurisdiccional* (*vide*, al respecto, art. 253, primer aparte, y artículo 267 de la CRBV), a través del proceso, como instrumento fundamental para la realización de la justicia. Por otra parte, la Constitución se refiere al sistema de justicia, y establece que el mismo 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 auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio. Esto es, además de los órganos del Poder Judicial, participan en este sistema de justicia la Defensoría Pública, órgano que está bajo la inspección y vigilancia del Tribunal Supremo de Justicia (art. 267), para garantizar el derecho a defensa de los procesados; así como órganos del Poder Ciudadano (Ministerio Público), y órganos del Poder Ejecutivo (de investigación penal, del sistema penitenciario) y los ciudadanos y abogados, en la forma antes indicada. Al respecto, señala

la Exposición de Motivos de la Constitución “que se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades; cámaras de comercio y la sociedad civil en general. Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado aunque sólo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea”.

d. *Poder Ciudadano*¹³

Se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General de la República según lo dispuesto por el artículo 273 CRBV, el cual a su vez establece que los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. Estos órganos tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y con la ley, 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 (artículo 273 CRBV). A su vez, dispone el art. 274 *eiusdem* que los representantes del Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades y funcionarios de la Administración Pública, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales. De no acatarse estas advertencias, el Consejo Moral Republicano, podrá imponer las sanciones establecidas en la ley. Como se desprende de las atribuciones de los órganos del Poder Ciudadano, las mismas configuran lo que se ha denominado la *función moral*, que viene a constituir una *función de control* sobre la actuación de los funcionarios, así como sobre el uso del patrimonio público. A su vez, estos órganos –fundamentalmente la Defensoría del Pueblo–, tienen atribuida la promoción y defensa de los derechos constitucionales de la población, por lo que se habla en este ámbito de la *función ciudadana*. Al respecto, indica la Exposición de Motivos de la Constitución que, “recogiendo una institución que nace en los países escandinavos y que ha tenido auge en Europa y en gran parte en América Latina, se crea la Defensoría del Pueblo como órgano del Consejo Moral Republicano, que tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos¹⁴”.

¹³ El Poder Ciudadano 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, según destaca la *Exposición de Motivos cit.*

¹⁴ “La Defensoría del Pueblo representa la institución del Poder Público más vinculada y cercana a los ciudadanos, cuyas funciones son esenciales para controlar los excesos del poder y garantizar que el sistema democrático no sólo sea una proyección constitucional, sino una forma de vida en sociedad con

e. *Poder Electoral*¹⁵

Se ejerce por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y, son organismos subordinados a éste, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva (art. 292 CRBV). De acuerdo a las atribuciones de estos organismos electorales, se observa que ejercen la **función electoral**, dirigida a garantizar el verdadero ejercicio de la democracia, a través del sufragio. Por consiguiente, le corresponde la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como los referendos; y la organización de las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos (ver art. 293 CRBV).

B. *Poder Estatal*

En atención a las disposiciones contenidas en el capítulo de la Constitución que regula este Poder Público Estatal¹⁶, se desprende que el mismo se divide en Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, los cuales ejercen las materias que son de la competencia exclusiva de los estados (previstas en el artículo 164 de la Constitución). Ahora bien, es necesario poner de relieve que también está prevista la figura de la Contraloría del Estado, que tiene atribuida una función de control, que ejerce en la respectiva entidad territorial; y además, en cada Estado se creará un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, al cual le corresponde la denominada función de planificación. Al respecto, señala Brewer-Carías, que la Constitución de 1999 establece los principios generales de la organización del Poder Público Estatal, conforme al principio de separación orgánica en dos Poderes: el Poder Legislativo, a cargo de los Consejos Legislativos Estadales, cuyos miembros son electos por votación popular directa y secreta; y el Poder Ejecutivo, a cargo de los Gobernadores, cuya elección se estableció a partir de 1989. Además en la Constitución se prevé un órgano del Poder Público estatal con autonomía funcional, que es la Contraloría del Estado, la cual puede ser configurada como Poder Contralor¹⁷.

a. *Gobernador*

Le corresponde el gobierno y administración de cada Estado (art. 160 CRBV), esto es, ejerce el *Poder Ejecutivo Estatal*. Por lo tanto, el Gobernador ejerce la función de gobierno y la función administrativa en el estado que dirige, y para ello cuenta con toda una estructura orgánica, que se caracteriza por la existencia de Secretarios de Gobierno

eficacia y realidad concreta, donde los derechos e intereses de los ciudadanos sean respetados" (*Exposición de Motivos cit.*).

¹⁵ El Poder Electoral por su parte, encuentra su inspiración en el Proyecto de Constitución que el Libertador redactó para Bolivia en 1826, señala la *Exposición de Motivos* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

¹⁶ Capítulo III del Título IV.

¹⁷ Brewer-Carías, Allan R. "La Mutación del Estado Federal en Venezuela", *Revista General de Derecho Público Comparado*, N° 23 (junio 2018), (Sección Monográfica: "Las tendencias del Estado federal en América Latina". Coordinado por Giorgia Pavani y Vanessa Suelst Cock), IUSTEL, Madrid 2018, p. 11.

—en atención a lo dispuesto en la Constitución de cada uno de los estados¹⁸—, así como a través de entes descentralizados funcionalmente, que están bajo la tutela de la Gobernación (adscritos a un órgano de la Administración Pública Estatal¹⁹).

b. *Consejo Legislativo*

Ejerce el Poder Legislativo en cada Estado. Está conformado por un número no mayor de quince ni menor de siete integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y a los Municipios. El Consejo Legislativo tendrá las atribuciones siguientes: 1) Legislar sobre las materias de la competencia estatal. 2) Sancionar la Ley de Presupuesto del Estado. 3) Las demás que establezcan esta Constitución y la ley (art. 162 CRBV). Cabe destacar que en el año 2001 fue dictada la *Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados*²⁰, con el objeto establecer las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de estos organismos, así como los principios generales para el ejercicio de la función legislativa. La denominación de los integrantes del Consejo Legislativo Estatal será de *legisladores*, según lo dispuesto en el artículo 3 de la citada Ley.

c. *Contraloría Estatal*

Dispone la Constitución Nacional que cada Estado tendrá una Contraloría, que gozará de autonomía orgánica y funcional. La Contraloría del Estado ejercerá, conforme a esta Constitución y la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estatales, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República. Dicho órgano actuará bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor, cuyas condiciones para el ejercicio del cargo serán determinadas por la ley, la cual garantizará su idoneidad e independencia; así como la neutralidad en su designación, que será mediante concurso público (art. 163 CRBV). Según la citada disposición constitucional, la Contraloría Estatal ejercerá una *función de control o función moral*, que estaría enmarcada en el ámbito del *Poder Ciudadano*. Ahora bien, cuando se regula en la Constitución Nacional la referida rama del Poder Público, se circunscribe al ámbito nacional, como antes se indicó; y al respecto, dispone en su artículo 290, que la ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y del sistema nacional de control fiscal. En tal sentido, luego de la entrada en vigencia de la Constitución, fue dictada la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*²¹, en la cual se incluyó a la

¹⁸ Verbigracia, la Constitución del estado Carabobo establece, en su artículo 76, que: “El Secretario General de Gobierno y los Secretarios del Ejecutivo Estatal son los órganos directos del Gobernador del Estado. Salvo el decreto por el cual se les nombra, el Secretario General de Gobierno refrendará todos los actos del Gobernador, y los Secretarios del Ejecutivo refrendarán aquellos relativos a las materias de su competencia” (Gaceta Oficial del Estado Carabobo Extraordinaria N° 381 de fecha 7 de Enero de 1991).

¹⁹ Según art. 119 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública*.

²⁰ Gaceta Oficial N° 37.282 de fecha 13 de septiembre del 2001.

²¹ Gaceta Oficial N° 37.347 de fecha 17 de diciembre de 2001. Actualmente está vigente la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal* publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

Contraloría de los Estados entre los órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal²². Esto es, la referida ley en desarrollo de la norma constitucional antes citada, regula el *Sistema Nacional de Control Fiscal*, el cual comprende “el conjunto de órganos, estructuras, recursos y procesos que, integrados bajo la rectoría de la Contraloría General de la República, interactúan coordinadamente a fin de lograr la unidad de dirección de los sistemas y procedimientos de control que coadyuven al logro de los objetivos generales de los distintos entes y organismos sujetos a esta Ley, así como también al buen funcionamiento de la Administración Pública” (art. 4 de la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*). Según esta ley, los Contralores de los estados serán designados de conformidad con los resultados del concurso público, y no podrán ser destituidos sin la previa autorización del Contralor General de la República (art. 27). Así mismo, hay que destacar que en el año 2001 también fue promulgada la *Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado*²³, la cual establece que la designación del Contralor del Estado le corresponde al Consejo Legislativo mediante concurso público, seleccionado por un Jurado Calificador (arts. 2, 3, 27 y 28).

Por consiguiente, interpretando las normas antes citadas, tenemos que en cada Estado existe una Contraloría Estatal, que ejerce la función de control en su respectivo Estado, pero está inserta en el sistema nacional de control fiscal, bajo la rectoría de la Contraloría General de la República. De allí que la Contraloría Estatal estaría ubicada en el Poder Ciudadano a nivel estatal, pero sujeta a los lineamientos de la Contraloría General de la República, como organismo rector. Al respecto, ha puesto de relieve Brewer-Carías²⁴ que la Constitución de 1999 les asignó el carácter de ramas del Poder Público Nacional, como Poder Ciudadano y Poder Electoral, a los órganos que conforme a la Constitución de 1961 eran *órganos con autonomía funcional*, que ejercían el Poder Nacional, pero que no estaban integrados en los órganos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial. Agrega el citado autor que, en el nivel estatal, la situación de los órganos de control del Poder Público estatal ha sido similar a la indicada anteriormente. En efecto, las Contralorías estatales siempre han existido como órganos que han ejercido el Poder Estatal pero con autonomía funcional, en el sentido de que han sido órganos que no dependían ni de las Asambleas Legislativas ni de los Gobernadores, y agrega que la división bipartita del Poder Estatal no excluye que deba haber órganos del Poder Estatal, que no ejercen ni el Poder Ejecutivo Estatal ni el Poder Legislativo Estatal, y que gozan de autonomía, como son precisamente las Contralorías Estadales reguladas expresamente en la Constitución (Art. 163).

²² El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal estatuye que: “Son órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal los que se indican a continuación: 1. La Contraloría General de la República. 2. La Contraloría de los Estados, de los Distritos, Distritos Metropolitanos y de los Municipios. 3. La Contraloría General de la Fuerza Armada Nacional. 4. Las unidades de auditoría interna de las entidades a que se refiere el artículo 9, numerales 1 al 11, de esta Ley” (resaltados nuestros).

²³ Gaceta Oficial N° 37.303 de 15 de octubre de 2001.

²⁴ Brewer-Carías, “La Mutación del Estado Federal en Venezuela”, 2018, p. 19.

d. *Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas*

Este órgano se creará en cada Estado, y estará presidido por el Gobernador e integrado por los Alcaldes, los directores estatales de los ministerios, y una representación de los legisladores elegidos por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere, según dispone el artículo 166 de la Constitución, el cual concluye señalando que el mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley. En desarrollo de esa previsión constitucional, fue promulgada en el año 2002, la *Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas*²⁵, que “tiene por objeto la creación, organización y establecimiento de competencias del Consejo Estatal de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas que funcionará, en cada estado, como órgano rector de la planificación de las políticas públicas, a los fines de promover el desarrollo armónico, equilibrado y sustentable” (art. 1). Por lo tanto, este órgano tendría asignada la función de planificación a nivel estatal, la cual estaría enmarcada dentro del Sistema Nacional de Planificación, contemplado en la *Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular*²⁶. Cabe a su vez resaltar que forma parte de este Sistema Nacional de Planificación, en primer lugar, el Consejo Federal de Gobierno, el cual es un órgano igualmente de rango constitucional, encargado de la 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. Estará presidido por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva e integrado por los Ministros o Ministras, los gobernadores o gobernadoras, un alcalde o alcaldesa por cada Estado y representantes de la sociedad organizada, de acuerdo con la ley (art. 185 CRBV).

C. *Poder Municipal*

Con fundamento en las disposiciones previstas en el capítulo de la Constitución que regula el Poder Público Municipal²⁷, al igual que el Poder Estatal, el mismo se divide en Poder Ejecutivo y Poder Legislativo. Estas ramas ejercen las materias que son de la competencia del Municipio, que comprenden el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne la Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local (consagradas en el artículo 178 de la Constitución). Así mismo, es necesario resaltar que igualmente está prevista la figura de la Contraloría Municipal, que tiene atribuida una función de control que ejerce en la respectiva

²⁵ Gaceta Oficial N° 37.509 de 20 de agosto 2002. Actualmente, está vigente la *Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas* publicada en la Gaceta Oficial N° 6.184 Extraordinario del 3 de junio del 2015. Esta ley define la planificación como el proceso de formulación de planes y proyectos con vista a su ejecución racional y sistemática, en el marco de un sistema orgánico nacional, que permita la coordinación, cooperación, seguimiento y evaluación de las acciones planificadas, de conformidad con el proyecto nacional plasmado en la Constitución de la República y en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación.

²⁶ *Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular* (Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010), que derogó el *Decreto N° 1.528 con Fuerza de Ley Orgánica de Planificación*, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.554 de fecha 13 de noviembre de 2001.

²⁷ Capítulo IV del Título IV.

entidad territorial; y en cada Municipio se creará un Consejo Local de Planificación Pública, al cual le corresponde la denominada función de planificación. En tal sentido, dispone la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en su artículo 75, encabezamiento, que:

El Poder Público Municipal se ejerce a través de cuatro funciones: la *función ejecutiva*, desarrollada por el alcalde o alcaldesa a quien corresponde el gobierno y la administración; la *función deliberante* que corresponde al Concejo Municipal, integrado por concejales y concejales. La *función de control fiscal* corresponderá a la Contraloría Municipal, en los términos establecidos en la ley y su ordenanza; y la *función de planificación*, que será ejercida en corresponsabilidad con el Consejo Local de Planificación Pública. (Resaltados nuestros.)

a. *Alcalde*

Le corresponde el gobierno y administración del Municipio, quien será también la primera autoridad civil (art. 174 CRBV), esto es, ejerce el *Poder Ejecutivo Municipal*. Por consiguiente, el Alcalde desempeña la función de gobierno y la función administrativa en el municipio que dirige, y con tal objeto tiene una estructura orgánica, conformada por los Directores –funcionarios de alto nivel de dirección, a los que se refiere la Ley Orgánica del Poder Público Municipal²⁸–, así como a través de entes descentralizados funcionalmente, que están bajo la tutela de la Alcaldía (adscritos a un órgano de la Administración Pública Municipal²⁹).

b. *Concejo*

Ejerce la *función legislativa* del Municipio, y está integrado por concejales elegidos en la forma establecida en la Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determina la ley (art. 175 CRBV). Esto es, le corresponde el *Poder Legislativo Municipal*. Según el artículo 92 de la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, además de la función legislativa, el Concejo Municipal ejerce el control político sobre los órganos ejecutivos del Poder Público Municipal.

c. *Contraloría Municipal*

Le corresponde el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos, sin menoscabo del alcance de las atribuciones de la Contraloría General de la República, y será dirigida por el Contralor Municipal, designado por el Concejo mediante concurso público, que garantice la idoneidad y capacidad de quien sea designado para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley (art. 176 CRBV). Por consiguiente, en atención a la citada norma constitucional, la Contraloría Municipal ejercerá una *función de control o función moral*, que estaría enmarcada en el ámbito del *Poder Ciudadano*. Al igual que la Contraloría Estatal, la Contraloría Municipal está inserta en el Sistema Nacional de Control Fiscal, según lo dispuesto por el artículo 26, N.º. 2, de la *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*. Así mismo, esta Ley Orgánica prevé lo relativo a la designación del Contralor Municipal

²⁸ Ver artículos 87, encabezamiento y 1^{er} aparte, y 88, numeral 15.

²⁹ Según art. 119 del *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública*.

mediante concurso público y el titular así designado no podrá ser destituido sin la previa autorización del Contralor General de la República (arts. 27 y 29 de la citada Ley). Por su parte, la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal* establece que el Contralor Municipal será designado por el Concejo Municipal, según el veredicto del Jurado Evaluador (art. 103). En consecuencia, la Contraloría Municipal estaría ubicada en el Poder Ciudadano a nivel municipal, pero sujeta a los lineamientos de la Contraloría General de la República, como organismo rector.

d. *Consejo Local de Planificación Pública*

Está presidido por el Alcalde e integrado por los concejales, los Presidentes de la Juntas Parroquiales y representantes de organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada, de conformidad con las disposiciones que establezca la ley (artículo 182 CRBV). En tal sentido, la *Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública*³⁰ establece que el Consejo Local de Planificación Pública es la instancia de planificación en el municipio (art. 2), y en sentido similar a la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal* (art. 111), prevé que el Consejo Local de Planificación Pública es el órgano encargado de diseñar el Plan Municipal de Desarrollo y los demás planes municipales, en concordancia con los lineamientos que establezca el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y los demás planes nacionales y estatales, garantizando la participación protagónica del pueblo en su formulación, ejecución, seguimiento, evaluación y control, en articulación con el Sistema Nacional de Planificación Pública. Le corresponde, por lo tanto, a este organismo la *función de planificación*, a que se refiere la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*.

2. *La división de poderes no coincide con la división de funciones*

La doctrina y la jurisprudencia patrias han puesto de relieve que la división de poderes en las ramas a las que hemos hechos referencia –Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral– no implica que solamente los órganos que conforman estas ramas puedan ejercer con exclusividad las funciones que las identifican. Verbigracia, la función ejecutiva (tanto la de gobierno como la administrativa) no es de la exclusiva competencia de los órganos que conforman el Poder Ejecutivo (nacional, estatal y municipal), sino que puede ser ejercida por órganos de otras ramas, como la función administrativa que desempeña la Asamblea Nacional en cuanto a la organización y funcionamiento de este organismo, o la función de gobierno que ejerce este organismo legislativo cuando dicta una ley de amnistía (de contenido eminentemente político). Así mismo, el Tribunal Supremo de Justicia ejerce función administrativa cuando realiza actividades inherentes a la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial. Esto lo ha puesto de relieve Brewer-Carías, al señalar que “*hay una ausencia de coincidencia entre separación de poderes y asignación de funciones*”³¹. Al respecto, el citado autor³² expuso que:

³⁰ Gaceta Oficial N° 6.017 Extraordinario del 30 de diciembre del 2010.

³¹ Brewer-Carías, en la videoconferencia inaugural del Aula Virtual Brewer-Carías, sobre *Principios Fundamentales del Derecho Público*, 2020, antes citada.

³² Brewer-Carías, “Sobre la mutación del principio de la separación de poderes en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho Público* N° 132/2012, p 203, Caracas, 2013.

En todo caso, en cuanto a la separación de poderes, la configuración del principio en la Constitución como instrumento de organización del Estado responde a cierto grado de flexibilidad, tal como lo señaló la antigua Corte Suprema de Justicia en el sentido de que “si bien cada uno de ellos tiene definida su propia esfera de acción: el Legislativo, para dictar la ley, reformarla y revocarla; el Ejecutivo, para ejecutarla y velar por su cumplimiento; y el Judicial, para interpretarla, y darle aplicación en los conflictos surgidos, la demarcación de la línea divisoria entre ellos no es excluyente, ya que en muchos casos esos poderes ejercen funciones de naturaleza distinta de las que privativamente le están atribuidas”³³. El principio, ciertamente, impide a unos órganos invadir las competencias propias de otro³⁴ pero no les impide ejercer funciones de naturaleza similar a las de otros órganos.

En tal sentido, Araujo-Juárez ha señalado que si bien en sus orígenes, la necesidad de que exista al mismo tiempo, un poder y una función suponía un axioma, hoy día es aceptado que las ramas y sus órganos desarrollan diversas funciones estatales cada una; en razón de lo cual no toda manifestación activa de una rama en ejercicio del Poder Público debe ser encuadrada por fuerza en una “función típica” o “función propia” de dicha rama, pudiendo ser tributaria de varias funciones; por lo que considera el citado autor que así, en Venezuela, no coincide la separación de poderes con una pretendida separación de funciones estatales³⁵. Al respecto, existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁶ durante la vigencia de la Constitución de 1961; y también del Tribunal Supremo de Justicia³⁷, en interpretación de la actual Carta Magna, que se ha pronunciado sobre lo que se ha denominado una “conceptualización flexible” de la división de poderes³⁸. Como destaca Araujo-Juárez, la jurisprudencia ha sostenido que el principio de separación de poderes que consagra la Constitución “no implica, ni mucho menos, una división rígida de órganos y funciones”³⁹. Es decir, la separación de la potestad estatal (el Poder Público) en ramas y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos, no coincide exactamente con la “separación” de las funciones estatales.

La posición doctrinaria y jurisprudencial antes citada, nos permite afirmar que no existe una exclusividad de las funciones estatales con respecto a los órganos que conforman la respectiva rama del Poder Público de la cual forman parte y a la que está asignada una determinada función del Estado. Ya hemos visto que no solo los órganos del Poder Ejecutivo ejercen la función ejecutiva, puesto que la misma puede ser desem-

³³ Véase la sentencia de la antigua Corte Federal de 19-6-53 en *Gaceta Forense*, N° 1, Caracas 1953, p. 77; cita de Brewer-Carías, artículo últimamente citado, 2013, p. 203.

³⁴ *Cfr.* Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Corte Plena de 26-5-51 en *Gaceta Forense*, N° 8, Caracas 1952, p. 114 y sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 12-6-68, en publicación del Senado de la República, 1968, p. 201; cita de Brewer-Carías, artículo últimamente citado, 2013, p. 203.

³⁵ *Vide* Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo cit.*, 2013, p. 139.

³⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Corte Plena de 12-6-68 en publicación del Senado de la República, 1968, p. 201; Brewer-Carías, artículo últimamente citado, 2013, p. 203.

³⁷ Tal como lo reconoció la Sala Constitucional en sentencia N° 3098 del 13 de diciembre de 2004 (*ob. cit.*: *Nulidad de artículos de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz*); Brewer-Carías, artículo últimamente citado, 2013, p. 204.

³⁸ Al respecto, *ver* sentencia N° 2208 de 28 de noviembre de 2007.

³⁹ Véase sent. del TSJ/SC N° 3098, de fecha 13 de diciembre de 2004, *RDP* N° 99, p. 100 (julio-diciembre, 2004; pp. 139 y ss), cita de Araujo-Juárez, *ob. últ. cit.*, p. 139.

peñada por órganos de otras ramas del Poder Público, como por ejemplo del Poder Legislativo y del Judicial. De allí que la definición de las distintas funciones del Estado no obedece a un criterio orgánico, porque tal criterio nos llevaría a considerar que la función ejecutiva es aquella que solo ejercen los órganos que conforman el Poder Ejecutivo, en sus tres niveles territoriales; por lo que resulta necesario acudir a un criterio material, que permita explicar el ejercicio de determinada función del Estado por órganos que por su naturaleza se ubican en otras ramas del Poder Público.

3. *Criterios materiales sobre las funciones estatales*

Cuando se trata de definir las distintas funciones del Estado por su contenido, y no por el órgano que lo ejerce, nos ubicamos en el ámbito de la conceptualización desde el punto de vista material. Aquí la doctrina ha distinguido una serie de funciones del Estado, que en atención al sentido y alcance que le dan a la definición de cada una de ellas, se llega a la conclusión de que pueden ser ejercidas por órganos de distintas ramas del Poder Público. Pero, precisamente en atención a esas distintas definiciones de las funciones estatales, encontramos que difieren los criterios en cuanto a qué órganos pueden ejercer tales funciones. En efecto, en cuanto a la definición de la función ejecutiva y sus manifestaciones en función política o gubernamental y función administrativa, sí hallamos criterios similares en la doctrina, que consideran que se trata de la función del Estado dirigida a la conducción política del país y a la ejecución de la ley, mediante actos que buscan la satisfacción del interés público. Mas, en lo que concierne a la función legislativa y a la judicial existen criterios divergentes, unos más restringidos y otros más amplios. Así, algunos autores identifican la función legislativa como la dirigida a la creación de leyes; y otros consideran que se trata de la producción de normas jurídicas, de carácter general y abstracto (leyes, reglamentos), y hablan de función normativa del Estado. Y en lo que toca a la función judicial, algunos autores estiman que se refiere a la administración de justicia mediante decisiones (sentencias) que resuelven controversias con carácter definitivo (cosa juzgada); y para otros autores, esta función comprende la actividad del Estado tendente a la resolución de conflictos entre particulares, pero no sólo a través de sentencias sino mediante actos administrativos que ponen fin a tal conflicto.

Entre los autores que siguen la *concepción amplia* de las funciones del Estado, podemos citar a Brewer-Carías, quien nos habla de cinco funciones del Estado: la normativa, la política, la jurisdiccional, de control y la administrativa. Con respecto a la *función normativa*, considera que es aquella actividad estatal que se manifiesta en la creación, modificación o extinción de normas que integran el ordenamiento jurídico. Y señala el citado autor que si bien se atribuye como función propia al órgano que ejerce el Poder Legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional en Venezuela, al sancionar las leyes, también se realiza por otros órganos del Poder Público, incluso en algunos casos con rango y valor de ley; y cita como ejemplo cuando el parlamento delega en el Presidente de la República la posibilidad de dictar decretos leyes. Por otra parte, se refiere al ejercicio de la función normativa por los órganos de la Administración, cuando reglamentan las leyes; y señala que el Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela también ejerce la función normativa cuando dicta los reglamentos necesarios para asegurar la

dirección y gobierno del Poder Judicial (art. 267). Asimismo, también ejercen la función normativa, los órganos del Poder Ciudadano y del Poder Electoral cuando dictan los reglamentos establecidos en las leyes reguladoras de su actividad⁴⁰.

Así mismo, Brewer-Carías tiene una concepción amplia de la función judicial, y al respecto señala que los órganos estatales también realizan la *función jurisdiccional* –y aquí tampoco habla de función judicial–, es decir, conocen, deciden o resuelven controversias entre dos o más pretensiones. Considera que esta función se ha atribuido como propia a los tribunales de la República, pero ello no implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que, al contrario, otros órganos estatales pueden ejercer la función jurisdiccional. Y así señala que ello lo hacen los órganos que ejercen el Poder Ejecutivo cuando las autoridades administrativas deciden controversias entre partes, dentro de los límites de su competencia; y la Asamblea Nacional incluso participa en la función jurisdiccional, cuando autoriza el enjuiciamiento del Presidente de la República (Art. 266,2).

De otro lado, se habla de la *función de control* del Estado, dirigida a fiscalizar y controlar la actuación de los funcionarios en el ejercicio del Poder Público, así como el uso del patrimonio público, para verificar que se encuentren apegados al ordenamiento jurídico que los rige; e igualmente las actividades de los administrados y el respeto de sus derechos. En tal sentido, señala Brewer-Carías que, en Venezuela, el ejercicio de esta función de control se ha atribuido como función propia a los órganos que ejercen el Poder Ciudadano, pero ello tampoco implica una atribución exclusiva y excluyente, sino que al contrario, todos los otros órganos del Estado también ejercen regularmente la función de control. Así, por ejemplo, señala que la Asamblea Nacional ejerce la función de control sobre el gobierno, la Administración Pública Nacional y los funcionarios ejecutivos (Art. 187,3; 222)⁴¹.

En lo que se refiere a la *función ejecutiva*, la doctrina distingue la función política de la función administrativa, que desarrollan los órganos del Poder Ejecutivo. Cuando se habla de la *función política* se hace referencia a la actividad de gobierno o conducción política del país. Así, señala Araujo-Juárez, la Constitución atribuye al Presidente de la República, como Jefe del Estado, la condición de dirigir la acción de gobierno (arts. 226 y 236, núm. 2 de la Constitución) y se manifiesta a través de los denominados actos de gobierno, y cita como ejemplos, las relaciones exteriores (art. 236, núm. 4 de la C), convocatoria a sesiones extraordinarias (art. 236, núm. 9 de la C.) y disolución de la Asamblea Nacional (art. 236, núm. 21 de la C) y la declaratoria de los estados de

⁴⁰ Cfr. Brewer-Carías, “Los poderes, órganos y funciones del Estado y los actos administrativos: a propósito de la publicación de mi “Derecho Administrativo” por la Universidad Externado de Colombia”, Palabras y Conferencia en las *Jornadas Académicas en Honor al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 19 de mayo de 2006, consultado en <http://allanbrewercarias.com>, pp. 10 y 11. Agrega el autor que: La función normativa, por tanto -y fíjense bien que no hablo de función legislativa-, si bien es una “función propia” de la Asamblea Nacional como órgano que ejerce el Poder Legislativo, no es una función privativa y exclusiva de ella, pues todos los demás otros órganos del Estado también la ejercen. Sin embargo, lo que sí es función privativa y exclusiva de la Asamblea Nacional es sólo el ejercicio de la función normativa *en una forma determinada*: como cuerpo legislador y mediante la emisión de actos estatales denominados leyes (art. últ. cit., p. 11).

⁴¹ Brewer-Carías, art. últ. cit., 2006, p. 14.

excepción y restricción de las garantías constitucionales (art. 338 de la C)⁴². En tal sentido, ha señalado Brewer-Carías, que la característica fundamental de esta función política es que está atribuida directamente al Presidente de la República, y que además, se trata de una función que se ejerce en ejecución directa de atribuciones constitucionales, en general sin condicionamiento legislativo alguno, en el sentido de que el legislador no puede limitar las facultades políticas del jefe del Estado, la cual se manifiesta en actos estatales de rango legal. Pero si bien la función política se ejerce como función propia por el Presidente de la República en ejercicio del Poder Ejecutivo, ello tampoco se realiza con carácter excluyente, ya que la Asamblea Nacional en ejercicio del Poder Legislativo también realiza la función política, sea a través de actos parlamentarios sin forma de ley, sea mediante leyes formales, por ejemplo, al decretar una amnistía (art. 186,5) o nacionalizar un sector de la economía. En estos casos, también, la función política realizada por los órganos del Poder Legislativo es una actividad de rango legal, es decir, de ejecución directa e inmediata de la Constitución⁴³.

En lo que atañe a la *función administrativa*, ha destacado la doctrina que se trata de la actividad jurídica que se manifiesta en la potestad de administrar y gestionar los intereses públicos, la cual se ha atribuido como “función propia” del Poder Ejecutivo. Pero observamos como los órganos del Poder Ciudadano y del Poder Electoral, desarrollan sus atribuciones a través de actividades administrativas, e igualmente los órganos del Poder Legislativo y el Poder Judicial, realizan función administrativa, dentro del ámbito de sus competencias⁴⁴. Igualmente, los órganos de rango constitucional que desempeñan la denominada “función de planificación”, realizan una faceta de la función administrativa y aunque no están insertos en el Poder Ejecutivo, sus atribuciones están muy ligadas al ejercicio de las funciones de esta rama del Poder Público.

Por otra parte, hay autores que sostienen *criterios restringidos en cuanto a las funciones del Estado, en lo que atañe a la función legislativa y la judicial*. En tal sentido, se limita la primera a la función del Estado dirigida a la creación de leyes, en ejecución directa de la Constitución, y regulando materias que forman parte de lo que se ha denominado la “reserva legal”. Y la función judicial se define como aquella actividad del Estado realizada para restablecer el ordenamiento jurídico cuando ha sido violado o dirimir controversias intersubjetivas⁴⁵, aplicando la ley al caso concreto con carácter definitivo (cosa juzgada). Por lo tanto, según esta corriente, la función legislativa está limitada a los órganos que conforman el Poder Legislativo (en sus niveles territoriales), y la función judicial a los tribunales. Excepcionalmente, se reconoce el ejercicio la función legislativa por el Presidente de la República, cuando dicta decretos-leyes con habilitación del parlamento.

En lo tocante a la función legislativa, ha puesto de relieve Schmidt-Assmann⁴⁶ que la piedra angular de la separación de poderes es la ley parlamentaria. Destaca este autor que la ley es el lugar de encuentro que sintetiza los objetivos que subyacen a la garantía

⁴² Cfr. Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo cit.*, 2013, p. 139.

⁴³ Brewer-Carías, art. últ. *cit.*, 2006, p. 12.

⁴⁴ Cfr. Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo cit.*, 2013, p. 138.

⁴⁵ Cfr. Araujo-Juárez, *ob. cit.*, 2013, p. 137.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p 194.

que representan tanto la cláusula del Estado de Derecho como el principio democrático: la ley es, a la vez, garante de una conformación social ahormada por los principios propios de un Estado de Derecho y, por otro lado, medio o instrumento de legitimación democrática. Al respecto, agrega el citado autor que:

La ley estructura los procesos de decisión y delimita los ámbitos funcionales de los poderes. Ella es, al mismo tiempo, límite y mandato para la Administración. La ley establece sus potestades y mandatos de actuación, prescribe los objetivos a seguir por la planificación administrativa y marca las líneas maestras de la organización de las Administraciones públicas.

Por consiguiente, para esta concepción de la función legislativa –como privativa de los órganos parlamentarios– su contenido no se circunscribe a la producción de normas jurídicas de carácter general y abstracto (la llamada función normativa), sino que comprende la jerarquía de tales normas (en ejecución directa de la Constitución), su finalidad, al regular los ámbitos de actuación de las otras ramas del Poder Público de conformidad a las previsiones constitucionales (reserva legal), y su origen, que hace referencia a órganos conformados por representantes del pueblo, que son quienes los eligen. Por consiguiente, la función legislativa sólo puede ser ejercida por órganos del Poder Legislativo (en Venezuela, la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos y los Consejos Municipales). En efecto, como destaca Schmidt-Assmann, la ley obtiene sus cualidades específicas del procedimiento del que emana, caracterizado por la legitimación democrática inmediata del órgano que la adopta; por las variadas posibilidades de intervención y participación de las que gozan las distintas fuerzas y entes que expresan la pluralidad tanto política como normalmente territorial⁴⁷.

Por otra parte, en lo que respecta a la función judicial, hay también un sector de la doctrina que sostiene un criterio restringido, en el sentido de que solo puede ser ejercida por los órganos del Poder Judicial. En tal sentido, señala Araujo-Juárez, que la función judicial ha sido atribuida, no solo como función “propia”, a los órganos del Poder Judicial, esto es, constituido por el Tribunal Supremo de Justicia y por los demás tribunales que determine la ley, sino que también es una función privativa y exclusiva de ellos, sin que sea dable sostener constitucionalmente que el Poder Ejecutivo pueda ejercer la función jurisdiccional⁴⁸.

Sobre el ejercicio de la función jurisdiccional por órganos que no forman parte del Poder Judicial, en Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –así como lo hizo la extinta Corte Suprema de Justicia– ha acogido la denominación de *actos cuasijurisdiccionales*, en el entendido de que se trata de funciones judiciales ejercidas por la Administración⁴⁹.

⁴⁷ Schmidt Assmann, *ob. cit.*, 2003, p. 196.

⁴⁸ Vide Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo*, 2013, pp. 447-448.

⁴⁹ Así, en sentencia N° 438, del 4 de abril de 2001, sostuvo: “Ahora bien, existen procedimientos administrativos donde la Administración cumple una función equivalente a la del juez para resolver la controversia entre dos partes. Por ello se ha denominado a los actos que resultan de dichos procedimientos como ‘actos cuasijurisdiccionales’ (V. Rondón de Sansó, Hildegard. *Los actos cuasijurisdiccionales*. Ediciones Centauro. Caracas, 1990). En tales actos, la Administración, en sede administrativa, no actúa como parte en el procedimiento decidiendo unilateralmente sobre derechos que le son inherentes, sino que actúa en forma similar a la del juez, dirimiendo un conflicto entre particulares y cuya decisión

En la misma tónica de la jurisprudencia, existen criterios a favor del ejercicio de funciones judiciales por órganos administrativos y aceptan la existencia de los llamados *actos cuasijurisdiccionales*. Otra parte de la doctrina sostiene que no existe este tipo de actos, que se trata de actos administrativos dictados en ejercicio de función administrativa, posición que consideramos la certera. En nuestro estudio sobre la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales⁵⁰, se expusieron los criterios que estimamos puntuales a favor y en contra de la existencia de tales actos. Sobre esta diatriba jurídica resulta contundente el criterio sostenido por el Prof. José Araujo-Juárez, tanto en clases como en su prolífica obra jurídica⁵¹, quien sostiene que la función judicial solo puede ser ejercida por los tribunales.

Por otra parte, destaca una tercera posición, que estima que la denominada función cuasijurisdiccional es una *función arbitral* de la administración, y en este sector algunos autores concluyen que los actos dictados en ejercicio de esa función arbitral son inconstitucionales, si está prevista con carácter obligatorio la vía administrativa. Como destaca el autor español Santamaría Pastor⁵², ha sido mérito del profesor Parada Vásquez⁵³ llamar la atención sobre la aparición de un tipo de actividad administrativa singular, en la que las Administraciones públicas asumen una función decisoria de controversias o conflictos suscitados entre particulares acerca de la titularidad o el ejercicio de un derecho subjetivo, tanto de naturaleza pública como privada. Esta actividad mediante la cual la Administración decide en primera instancia sobre el alcance de estos derechos privados (incluidos aquéllos de los que ella misma es titular) es lo que se conoce como *actividad arbitral*⁵⁴.

En la doctrina, hay quienes han equiparado la referida actividad administrativa arbitral con la denominada actividad cuasijurisdiccional. En tal sentido, el Profesor Rafael Badell Madrid⁵⁵ ha sostenido que, aunque hay autores que consideran que hay diferencias entre la actividad cuasi-jurisdiccional y la arbitral de la administración, “es nuestra opinión que conforme a los principios del Derecho Administrativo y del Arbitraje, la actividad arbitral y la actividad cuasijurisdiccional de la administración corresponden a lo mismo”. Asimismo –destaca el Prof. Badell–, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha equiparado ambos conceptos (actividad cuasi-jurisdiccional y procedimiento arbitral) al señalar que la actividad cuasi-jurisdiccional la cumple la administración cuando la ley le da competencias para ello mediante procedi-

está sometida al posterior control en sede judicial (...) Es pues indudable que el acto administrativo que resulta de dichos procedimientos de tipo cuasi-jurisdiccional, crea derechos u obligaciones tanto para la parte recurrente como para aquélla o aquéllas que, tal como consta en el expediente administrativo, estuvieron efectivamente presentes en el procedimiento del cual resultó el acto impugnado”.

⁵⁰ *Inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales. La reposición administrativa*, pp. 29 a 54.

⁵¹ *Vide* Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo cit.*, 2013, pp. 447-448.

⁵² Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 292.

⁵³ Parada Vásquez, Ramón. *Derecho Administrativo*. I Parte General, octava edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1996, p. 590.

⁵⁴ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *ob.cit.* y vol. *cits.*, p. 293.

⁵⁵ Badell Madrid, Rafael. *Actividad Arbitral de la Administración*, Conferencia dictada en las III Jornadas de Arbitraje de la Asociación Venezolana de Arbitraje y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 11 de noviembre de 2016, <http://www.badellgrau.com>.

mientos arbitrales y actos arbitrales, lo que en nuestro ordenamiento jurídico son considerados como típicos actos cuasi-jurisidiccionales⁵⁶. Por su parte, el Profesor Luis Pompilio Sánchez⁵⁷ comparte el criterio de considerar la llamada actividad cuasijurisidiccional como actividad arbitral, en su trabajo sobre la inconstitucionalidad de los actos cuasijurisidiccionales. En tal sentido, el Prof. Sánchez cita el artículo 258 de la Constitución, el cual prevé: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos” (negritas añadidas por el autor). Y concluye el Prof. Sánchez que es necesario afirmar, sin lugar a dudas, que la intervención administrativa en la solución de conflictos entre particulares, mal llamada actividad cuasijurisidiccional, es de naturaleza típicamente administrativa. La consagración que el texto fundamental venezolano de 1999 hace de las garantías fundamentales de libre acceso a los tribunales y de tutela judicial comporta que toda persona pueda acceder a los órganos judiciales con el objetivo de postular aquellas controversias en que tenga interés, debiendo recibir una decisión pronta y efectiva. En consecuencia, el establecimiento de procedimientos administrativos previos cuyo agotamiento sea necesario para legitimar la vía judicial es inconstitucional⁵⁸.

En lo que respecta a esta tercera posición frente a los actos cuasijurisidiccionales, que se apoya en la existencia de una actividad administrativa arbitral, consideramos por nuestra parte que no se está realmente frente a una actividad arbitral. En efecto, tal como lo indicamos en el estudio sobre la inexistencia de los actos cuasijurisidiccionales⁵⁹, en el *procedimiento administrativo de fisiónomía triangular* (donde aparece la Administración como “juez” y parte, y los particulares en conflicto), el papel asignado al órgano administrativo no es el de un simple árbitro que de manera neutra va a resolver una controversia entre dos particulares, puesto que la misión primordial –y ese es el objetivo al crear procedimientos administrativos– es que tal órgano resguarde una serie de derechos constitucionales que persiguen el bienestar general. Por ello la Administración se hace parte de tales conflictos entre particulares, para evitar que se atente contra el interés general. Luego, el órgano administrativo no actúa como árbitro imparcial.

En efecto, los órganos administrativos cuando dictan este tipo de actos no ejercen ni función judicial ni actividad arbitral, porque no es imparcial, sino que actúa en ejercicio de una función administrativa. Y para apoyar esta tesis hemos indicado como primer elemento la autotutela administrativa, y su ejercicio en el caso de los procedimientos de fisiónomía triangular lo enmarcamos en el ámbito de los fines de la Administra-

⁵⁶ Sentencia de fecha 28 de febrero de 2008, caso nulidad del artículo 87, ordinal 4 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

⁵⁷ Sánchez, Luis Pompilio. “La Inconstitucionalidad de los actos cuasijurisidiccionales”, *Boletín de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello* (BEDA), Números 1 y 2 / Enero de 2011, Caracas, p. 25.

⁵⁸ Agrega el Prof. Sánchez que la propia Constitución establece que el Estado promoverá el uso de vías alternativas al proceso judicial como medio idóneo para la resolución de conflictos. En consecuencia, la intervención administrativa en dicho ámbito debe ajustarse a este mandato constitucional, ofreciendo procedimientos eficaces, expeditos y siempre alternativos que puedan, a elección de los particulares, gestionar el arreglo extrajudicial de aquellas controversias en las cuales esté involucrado un interés general que la Administración esté llamada a tutelar (Luis Pompilio Sánchez, estudio *cit.*, p. 27).

⁵⁹ *Inexistencia de los actos cuasijurisidiccionales. La reposición administrativa*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1994, p. 61.

ción Prestacional en un Estado Social de Derecho y en las múltiples facetas de la actividad administrativa. Por lo tanto, sí estimamos que en tal actividad prestacional está incluida la potestad de la Administración para dirimir las controversias entre los particulares, con el objeto de proteger y fomentar un mínimo equilibrio o una mejor calidad de vida para todos los ciudadanos, en ejercicio de la autotutela administrativa. Consideramos, en este orden de ideas, que la Administración desenvuelve, a través de una multiplicidad de actividades, la función pública de velar por los intereses y la satisfacción de las necesidades colectivas, sin que por ello la función administrativa cambie de naturaleza al manifestarse de uno u otro modo. Como destaca el autor mejicano Jean Claude Tron Petit⁶⁰, el concepto de actividad administrativa es ambiguo y polifacético tomando en cuenta que, actualmente, tiene variados significados y cumple múltiples funciones y objetivos tales como: policía; prestacional, servicios públicos; regulatoria; fomento actividad privada y cuasi judicial (sancionadora y arbitral). Comenta Tron Petit⁶¹ que no es pacífica la admisión de una función cuasi-jurisdiccional de la Administración Pública⁶².

4. *El carácter interorgánico del ejercicio de las funciones del Estado*

Finalmente, llegamos a la definición del principio objeto de nuestro estudio. En atención a los criterios antes expuestos, observamos que el sentido y alcance de este principio estará determinado por la concepción amplia o restringida que se adopte para definir las funciones del Estado, especialmente en lo que toca a la función legislativa y la jurisdiccional. Ahora bien, al referirnos a este principio fundamental del Estado, observamos que, independientemente de la posición doctrinaria que se asuma, en el ejercicio de las distintas funciones del Estado intervienen, además de los órganos que conforman la rama del Poder Público a la cual se le ha asignado determinada función, órganos que forman parte de otras ramas del Poder estatal, porque no existe una división rígida de las funciones del Estado, sino una flexibilización en su ejercicio, como lo ha puesto de relieve la doctrina y jurisprudencia patrias.

Ahora bien, compartimos la posición restringida sobre la distribución de las funciones del Estado, en cuanto a la función legislativa y la judicial. A los fines de garantizar el Estado de Derecho y el ejercicio real de la democracia, estas funciones deben ser consideradas como aquellas actividades asignadas por la Constitución a los órganos parlamentarios (función legislativa) y a los tribunales (función judicial). Porque al desdibujar estos límites, se corre el riesgo de que otros órganos del Poder Público, adoptando una posición autoritaria sin duda, ejerzan la función legislativa a través de actos

⁶⁰ Magistrado de Circuito en Materia Administrativa del Primer Circuito en el Distrito Federal, en su estudio “Interpretación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 20, Instituto de la Judicatura Federal, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal. México, D. F., 2005, pp. 179-236.

⁶¹ Véase mi trabajo “Actualización de los estudios sobre los actos cuasijurisdiccionales y la reposición administrativa”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 14 (enero-abril 2018), Universidad Monteávila, Caracas.

⁶² Jean Claude Tron Petit, estudio *cit.*, p. 207. Al respecto, cita nuestro trabajo sobre la inexistencia de los actos cuasijurisdiccionales, al indicar que: “Cuando la Administración interviene en una controversia lo que persigue es evitar que se produzca una situación que vulnere un interés público tutelado por el ordenamiento jurídico, busca impedir que la actuación de un particular frente a otro origine una situación anti-jurídica que resquebraje el bienestar público, la paz colectiva” (Grisanti).

distintos de las leyes y sin seguir, en consecuencia, el procedimiento pautado para ello; o pretendan administrar justicia sin seguir el proceso legalmente establecido y mediante actos que no tienen la naturaleza de una sentencia. En nuestro sentir, es fundamental rescatar el ejercicio de estas funciones por los órganos a los cuales constitucionalmente está atribuido su ejercicio, para lograr el equilibrio que propugna la aún vigente teoría de la separación de poderes.

Por otra parte, en lo que toca a la función administrativa y a la función de control, estimamos que la misma no es privativa del Poder Ejecutivo ni del Poder Ciudadano, como lo ha puesto de relieve la doctrina que hemos citado en este estudio. Allí sí se manifiesta de manera diáfana el carácter interorgánico del ejercicio de las funciones del Estado, porque se observan órganos de otras ramas del Poder Público que ejercen función administrativa, cuando tramitan procedimientos y dictan actos para decidirlos, en aplicación del ordenamiento jurídico, teniendo por norte el interés público. Así, cuando el Tribunal Supremo de Justicia ejerce las actividades inherentes al gobierno y administración de los tribunales. Así mismo, tenemos actividades de control ejercidas por órganos que no forman parte del Poder Ciudadano, como los que realizan los órganos legislativos (a nivel nacional, estatal y municipal) para controlar a los funcionarios de la administración pública.

En atención a los criterios sostenidos en el presente estudio, propugnamos una cierta interpretación del principio del ejercicio interorgánico de las funciones del Estado, que tenga por norte a su vez el principio de separación de poderes, en aras de garantizar el Estado de Derecho y la democracia, a la luz de las previsiones de la Constitución vigente, que ha llegado a sus 20 años.

Valencia, fiesta de Santa Rosa de Lima de 2020.

30. PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CARÁCTER SERVICIAL: DESDE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HACIA EL SERVICIO OBJETIVO AL INTERÉS GENERAL EN LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO

José Ignacio HERCE MAZA *

Resumen: La reconstrucción del Estado venezolano debe partir de la centralidad de la persona en el sistema. Por ello los principios de funcionamiento de la Administración Pública previstos en la Constitución deben de orientarse a la maximización de la dignidad de la persona y aplicarse en la actuación específica y particular del poder público. Se proponen en el presente trabajo tres principios fundamentales que deben presidir la labor de la Administración Pública de Venezuela: buena administración, subsidiariedad y transparencia.

Palabras Claves: Dignidad de la Persona – Buena Administración – Servicio Objetivo al Interés General – Subsidiariedad – Participación Ciudadana.

Abstract: The reconstruction of the Venezuelan State must start from the centrality of the person in the system. For this reason, the principles of operation of the Public Administration provided for in the Constitution must be oriented towards maximizing the dignity of the person and applied in the specific and particular performance of the public power. Three fundamental principles that should govern the work of the Venezuelan Public Administration are proposed in this paper: good administration, subsidiarity, and transparency.

Key words: Dignity of the Person – Good Administration – Objective Service to the General Interest – Subsidiarity – Citizen Participation.

PROLEGÓMENOS

El autor de *La Democracia en América*, Tocqueville, realizó un estudio profundo de la sociedad democrática de Norteamérica. En Estados Unidos se encontró con una sociedad fuerte, en la que el pueblo se gobierna a si mismo. Todo ello gracias a que las instituciones que estaban surgiendo permitían un libre desarrollo de la personalidad tanto desde la vertiente individual como comunitaria.

* Abogado en ejercicio libre y Profesor asociado en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Asimismo, es Investigador Asociado en *Ius Publicum Innovatio* (Spin-Off de la Universidad de A Coruña) y Coordinador Académico del Centro de Estudios Estratégicos Syntagma.org. Su correo electrónico: jignacio.herce@gmail.com. Pueden encontrar más información sobre el autor en www.joseignacioherce.com5.

En el desarrollo de la sociedad civil norteamericana fue clave, por tanto, su marco institucional favorable al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Encontró en su viaje una sociedad que no acepta ni poderes ni autoridades externas que la tutelen ante la consideración de que es la persona humana la fuente de autoridad y legitimidad¹. Para Tocqueville una sociedad fuerte basada en un asociacionismo estrecho entre sus ciudadanos es junto con la autonomía local y la descentralización uno de los principales medios para prevenir el despotismo². Un Estado fuerte no es aquel que ostenta muchas competencias y ejerce una intervención férrea sobre la vida ciudadana, más bien lo es el Estado que cuenta con una ciudadanía libre, responsable y solidaria.

Considero que debemos mantener una posición optimista en relación con la naturaleza humana. Creo que los seres humanos tendemos a la libertad, responsabilidad y solidaridad. Pese a la fuerza de la sociedad civil por crecer de manera autónoma no siempre el marco institucional lo permite³ o está dispuesto a ello. No nos son ajenos los numerosos intentos del Poder por intentar controlar a los individuos y a las comunidades. La sociedad y las personas individuales buscan enfrentarse a las formas de despotismo y autoritarismo en su tendencia natural a alcanzar sus propios fines.

Para promover una ciudadanía como la que se describe es necesario que la Administración Pública promueva ese espacio de libertad, responsabilidad y solidaridad. Para ello debe seguir la conocida máxima de tanta libertad como sea posible y tanta intervención como sea imprescindible. Debe crearse un espacio de abstención en la intervención estatal innecesaria y de apoyo a la ciudadanía desde un punto de vista que parta del Estado Subsidiario.

Nos recuerda Alejandro Llano que la libertad va de abajo arriba y brota de las energías vitales de las personas que tienen capacidad de entrelazar sus finalidades para alcanzar fines comunes. Y es esta libertad vital la que tantos temen e intentan sofocar, por la razón de que no se puede controlar con facilidad⁴. En la verdadera democracia la libertad social se entiende como bien común⁵. En un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho los poderes públicos fomentan que la persona alcance, se ha dicho, sus fines.

Ubicar al ser humano en el centro del sistema político implica reconocer que el poder público ha de servir a los ciudadanos y encaminar su acción pública al fomento libre de la personalidad de los individuos y al servicio objetivo del interés general en el pleno respeto a los derechos fundamentales.

¹ Sanz Vidal, L. “Tocqueville: la sociedad civil y la democracia”, 2015, Tesis doctoral accesible en abierto en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=96015&orden=1&info=link> (última consulta 1/09/2020), p. 11.

² Osorio, A. “El papel político de la asociación: Tocqueville y la adaptación democrática de los poderes intermedios de Montesquieu”, *Themata, Revista de Filosofía*, N° 44, 2011, p. 422.

³ Para profundizar en este aspecto recomiendo consultar Havel, V. *El poder de los sin poder*, Encuentro Ediciones, España 1990.

⁴ Llano, A. *Humanismo Cívico*, Ediciones Cristiandad, Madrid 2015, p. 177.

⁵ *Ibíd.*

Las afirmaciones de Tocqueville nos invitan a reflexionar sobre cómo ha de ejercerse el poder para promover los derechos fundamentales de las personas y bajo que principios debe de realizar su actividad una Administración Pública, que debe actuar sometida a la Ley y al Derecho.

El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de la Administración se encuentra reconocido tanto en el art. 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el art. 103 de la Constitución Española, así como en otros textos constitucionales de distintos países democráticos.

Pero las declaraciones constitucionales y las manifestaciones teóricas han de aterrizar en la real realidad. Esa real realidad a la que ha hecho en numerosas ocasiones referencias el profesor Rodríguez-Arana y que trata de encontrar su camino a través del conocido como Derecho Administrativo Constitucional. Es necesario que la Administración tome conciencia de su deber para con la ciudadanía.

Reflexionar sobre los principios de funcionamiento de la Administración Pública y su carácter servicial así como defender que la Administración Pública es de los ciudadanos y no de los gobernantes; se yergue en un auténtico deber ciudadano y es un auténtico desafío ante la dura prueba de enfrentarse al autoritarismo.

Un reto muy pertinente en el marco de la Obra Colectiva *Principios fundamentales del Derecho público*. Desafíos actuales que conmemora los 20 años de la publicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en la que tengo el honor de participar, gracias a la amabilidad y confianza de los coordinadores.

En la medida en que el Derecho Administrativo regula a la Administración, que es la manifestación más cercana a las personas del poder del Estado, se hace necesario repensar las categorías del Derecho Administrativo Venezolano a la luz de su Constitución y partiendo de la centralidad de la persona para la reconstrucción de su Estado. El Derecho Administrativo para la reconstrucción del Estado Venezolano debe asumir su redefinición a través del carácter vicarial de la Administración previsto en el art. 141 de su Constitución⁶ sin olvidar que es un elemento inherente a la idea misma de Administración Pública.

Y es que este cambio de contexto se hace más que necesario en la medida en que como ha señalado el profesor Hernández G. en el contexto venezolano actual la Ley ha convertido progresivamente al Derecho Administrativo venezolano en un Derecho opresor de la libertad general del ciudadano. La Ley ha empoderado a la Administración con determinadas e imprecisas facultades desarrollándose un sistema opresor que se ha valido de muchas difusas instituciones tradicionales del Derecho Administrativo⁷ para ejercer el poder lejos del servicio al bien común. Surge, por tanto, un Derecho Administrativo que en su aplicación se aleja de los valores y principios constitucionales, así como de la búsqueda de la maximización de la dignidad del ser humano.

⁶ Hernández G. J.I. "Repensando al derecho administrativo venezolano" Texto de la intervención en la Lección inaugural del curso de Derecho administrativo, impartida conjuntamente con los profesores José Antonio Muci y José Valentín González, el 25 de septiembre de 2013 en la Universidad Católica Andrés Bello, p. 16. Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Entendiendo%20al%20Derecho%20administrativo%20JIHG.pdf>

⁷ *Ibid.*, p. 17.

En este estudio, más allá de hacer referencia a los principios básicos de actuación de la Administración, tan estudiados por la doctrina, considero conveniente reflexionar sobre los siguientes aspectos: a) la dignidad de la persona y su posición central en el sistema, b) el carácter servicial de la Administración y c) destacar unos principios que son clave para la reconstrucción del Estado venezolano. Los citados principios son: i) buena administración, ii) subsidiariedad y iii) transparencia.

Se hará referencia entonces a tres principios que me gustaría proponer como importantes y que deben protagonizar, sin perjuicio de la existencia de muchos otros también de gran relevancia. La buena administración como principio, derecho y guía de la actuación de la Administración, el principio de subsidiariedad como criterio orientador de las relaciones Estado y Sociedad, y finalmente, la transparencia como mecanismo promotor de una Sociedad Civil proactiva ante los asuntos comunes.

Estos tres principios si presiden la actuación de la Administración Pública permitirán a la Sociedad Civil Venezolana desenvolverse con autonomía y libertad. En definitiva, permitirán a la Sociedad Venezolana lo que se merece, que es llegar a ser a lo que está llamada a ser, que no es otra cosa que su libre desenvolvimiento y el alcance de sus fines existenciales comunitarios e individuales. Permítanme recordarlo: libertad, responsabilidad y solidaridad.

Considero que todos estos aspectos en una reflexión común pueden aportar opciones para una reconstrucción del Estado Venezolano a partir de los principios de actuación de la Administración Pública sin perjuicio de los distintos enfoques en distintas áreas que se abordarán en la Obra Colectiva, todos ellos sin duda interesantes que invitan a meditar sobre la situación actual del país y sobre la búsqueda para la recuperación de su merecida libertad.

Finalmente, en estos prolegómenos aprovecho para agradecer a los profesores Brewer-Carías y Araujo-Juárez su amable invitación a participar y la confianza depositada en mí, como joven investigador, para aportar mi humilde opinión sobre temas de tan gran relevancia y que han sido abordados por los grandes profesores y maestros del Derecho administrativo. En este marco, también doy las gracias al profesor Rodríguez-Arana que con tanta claridad me ha inculcado la ubicación central de la persona en el sistema político, premisa fundamental de la que parte este trabajo.

I. CENTRALIDAD DE LA PERSONA, PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CARÁCTER SERVICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. La centralidad de la persona humana y su dignidad

Como se ha apuntado en los prolegómenos de este trabajo, se parte de la premisa de la centralidad de la persona, de su protagonismo en el sistema. Si acudimos a las Siete Partidas de Alfonso X, el tratado jurídico más perfecto de la Edad Media española se señala en su Ley 26, Partida VII, Título I que la persona es la más noble cosa del mundo. Aproximadamente dos siglos después Pico de Mirandola publicaba su *Discurso sobre la dignidad del hombre*.

Esta centralidad a la que se hace referencia ha sido apuntada por profesores como Mariano Brito quién siempre ha defendido el protagonismo originario⁸ de la persona con base en su dignidad⁹, González Pérez¹⁰, Rodríguez-Arana¹¹ o Delpiazzo¹² entre muchos otros que además se encontrarán citados en estas palabras.

El profesor González Pérez en el Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo de 2007 señaló como *en cuanto la dignidad de la persona es derecho fundamental y principio general del Derecho, como tal principio es fundamento del Ordenamiento y, precisamente por ello, el informador de todas las normas y orientador de la libre interpretación de todas y cada una de ellas*¹³. Y es que el ser humano, ha recordado Brito, *es centro unitario de vida, única, irrepetible e insustituible para realizar sus fines esenciales*¹⁴.

Karl Larenz afirmaba que el principio fundamental del Derecho del cual arranca toda regulación jurídica se basa en el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro, la indemnidad de la persona del otro en lo relativo a su existencia exterior en el mundo visible y su existencia como persona¹⁵.

Considerar como punto de partida la centralidad del ser humano implica que, reconociendo que el Derecho administrativo se ocupa de manera frecuente del administrado como usuario de servicios públicos, expropiado o como contribuyente también es necesario que se visualice con una visión unitaria tratando de salvaguardar su carácter de centro focal del sistema¹⁶. Debe reconocerse al hombre como ser futurizo y responsable de manera autónoma de su proyecto vital¹⁷.

⁸ Brito, M. "Libertad y autoridad del Estado" en *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización* (VV.AA), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991, p. 28.

⁹ Brito, M. "La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo" en *Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo*, Delpiazzo C. (Coord.), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2012, p. 155 y ss.

¹⁰ González Pérez, J. "El Administrado", FUNDAP, Santiago de Querétaro 2003, p. 22.

¹¹ Rodríguez-Arana Muñoz, J. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & SENDÍN GARCÍA, M.A *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada 2015; Rodríguez-Arana Muñoz, J.: "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública", *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 16, 2012; Rodríguez-Arana Muñoz, J. "La participación en el estado social y democrático de derecho", *Misión jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 7 (2017). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5167615.pdf>; Rodríguez-Arana Muñoz, J. "La transparencia en la Administración Pública", *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 42, 1995.

¹² Delpiazzo, C. "Centralidad del Administrado en el Actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho", *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. I, N° 3, Curitiba 2014.

¹³ González Pérez, J. "Dignidad de la persona y Derecho Administrativo". *II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Jurua Editora, Curitiba 2007.

¹⁴ Brito, M. "La dignidad humana... *op. cit.*, 2012.

¹⁵ Larenz, K. *Derecho justo, fundamentos de la ética jurídica*, Civitas, Madrid 2001, p. 57.

¹⁶ González Pérez, J. "El Administrado... *op. cit.*

¹⁷ El carácter proyectivo y futurizo del ser humano se encuentra ampliamente desarrollado en Julián Marías. Recomendando la siguiente fuente a quien quiera conocer su pensamiento. Marías J. *Antropología Metafísica*, Alianza Universidad, España 1993.

La persona es el centro del sistema político democrático, lo que implica que los poderes públicos no deben ejercerse nunca de la idea de privilegio sino desde la idea de servicio objetivo a la sociedad. Debe romperse el paradigma del súbdito sometido a la Administración para alcanzar la del ciudadano exigente, titular efectivo del poder público que participa y reclama una buena administración y un buen gobierno¹⁸. Por desgracia lo anterior no siempre es fácil, menos aún cuando el entramado institucional trata de quebrar la autonomía del ser humano y fagocitar a la Sociedad Civil.

En tiempos de crisis, zozobra y perplejidad, ha señalado el profesor Rodríguez-Arana, es momento de llamar la atención sobre el peligroso proceso de privatización del interés general que amenaza la calidad de la democracia y la supremacía de la dignidad del ser humano¹⁹. Precisamente en este punto, recuerda el profesor, el Derecho Administrativo no puede guardar silencio asumiendo con naturalidad la realidad que pretende sustituir el interés general por intereses particulares.

Ante las ansias de la tecnoestructura por reducir y cosificar la dignidad humana debe el Derecho administrativo defender, promover y proteger los derechos humanos de la persona²⁰.

Por ello es necesario fomentar alternativas ante el embate que sufre esta disciplina, en unos países más que en otros, de mano de doctrinas que pretenden vaciarle de contenido y vincularlo no al servicio del interés general sino del poder político o económico. No se debe ceder entonces en la tarea legislativa ante la tentación de autoritarismos o el dominio de grandes estructuras alejadas del interés general²¹.

Por ello el ciudadano como dueño de una dignidad intocable, debe ser no sólo un sujeto pasivo de la potestad pública, sino que ha de ser protagonista de la Administración para gestionar los intereses que les afectan²². El régimen jurídico del Estado de Derecho le reconoce derechos que son fundamentales porque provienen de la dignidad que le es inherente²³.

Esa dignidad de la persona y su debida promoción se encuentra reconocida en el art. 10 de la Constitución Española (en adelante, CE), que señala que *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad* son fundamento del orden político y de la paz social. También el art. 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela proclama que el Estado tiene como *finés esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su*

¹⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, J. & HERCE MAZA, J.I. “Algunas consideraciones sobre el acceso a la información pública a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 3ª), núm. 1547/2017, de 16 de octubre, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 22, 2018, p. 2.

¹⁹ Rodríguez-Arana, J. “El derecho administrativo ante la crisis (el derecho administrativo social)”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, N° 60, 2015, p. 14.

²⁰ Rodríguez-Arana, J. “Prólogo”, *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*, VV.AA. Fórum, Brasil 2018, , p. 20.

²¹ *Ibid.*

²² Rodríguez-Arana, J. *Cuestiones de Ética Social*, Servicio de Publicaciones de la Diputación Provincial de Lugo, Galicia 2000, p. 33.

²³ Rotondo, F. “Derechos fundamentales y derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público*, N° 47, Uruguay 2015, p. 88.

dignidad. Ante este reconocimiento legal de aquello que es inherente al hombre por la mera razón de serlo es necesario su aterrizaje a la realidad del ciudadano y de la sociedad.

Por ello se debe hacer referencia al papel del Derecho administrativo entendido desde los textos constitucionales. Un Derecho administrativo como Derecho Constitucional concretizado dirigido a promover y proteger los derechos fundamentales de las personas cuya cosmovisión afecta inevitablemente a dos aspectos que se abordan en este trabajo i) los principios de funcionamiento de la Administración Pública y ii) su carácter servicial.

2. *El derecho administrativo constitucional y los derechos fundamentales*

Una vez se ha sentado la premisa de la dignidad del ser humano y de su protagonismo en el sistema,²⁴ es necesario recordar que el Derecho administrativo parte de la Constitución y que por ello ha de promover los derechos fundamentales de las personas.

Las Constituciones Nacionales desempeñan un papel fundamental como elemento legitimador del poder y de los procesos democráticos establecidos en las mismas. La implementación del contenido de la Constitución en la realidad recae sobre la Administración Pública como elemento que concreta el derecho constitucional y realizará la mayoría de las tareas que manda la Constitución²⁴.

Si debe de fortalecer dichos derechos, qué duda cabe que los principios de funcionamiento de la Administración Pública y las instituciones de Derecho administrativo han de aplicarse y ejercitarse siempre poniendo la mirada en la maximización de los derechos fundamentales en cada una de sus actuaciones administrativas específicas. Esto es, los derechos fundamentales y los principios constitucionales de funcionamiento de la Administración están llamados a promoverse y aplicarse respectivamente.

El profesor Brewer-Carías ha hecho referencia en numerosas ocasiones a la constitucionalización progresiva del Derecho administrativo reconociendo como logro de las constituciones la inclusión de los principios de funcionamiento de la Administración Pública²⁵. El profesor Cassese ha recordado como los principios fundamentales de la Administración se encuentran en las Constituciones y es, recordando la célebre frase de Werner, *Derecho Constitucional concretizado*.²⁶

Además, uno de los principios de derecho público establecido en la Constitución de 1999 es el que se expresa en el art. 7 que afirma como *La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico* y que consagra el principio de supremacía constitucional y de la aplicación directa de la Constitución:

²⁴ Mendoza Alfonso, A. “Reforma constitucional, administración pública y desafíos” en *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*, VV.AA., Fórum, Brasil 2018, p. 73.

²⁵ Las citadas afirmaciones se extienden a lo largo de sus obras tales como Brewer-Carías, R. “El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia” en *Derecho Administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Cassagne, J. C. (Coord.), Argentina 1998; Brewer-Carías, R. “Reflexiones sobre el constitucionalismo en América”, *Cuadernos de la Cátedra Fundacional Dr. Charles Brewer Maucó*, N° 2, Venezuela 2201.

²⁶ Cassese, S. *Derecho administrativo: historia y futuro* (1º). Madrid, España 2014: INAP., p. 400-401.

Por ello el camino a seguir, ha señalado el profesor Araujo, es el análisis de los textos constitucionales en aras de abordar las categorías del Derecho administrativo²⁷ en la medida en que en ella se establecen los principios, valores y normas sobre los que ha de inspirarse. *No hay Derecho administrativo sin Derecho constitucional, ni puede existir Derecho constitucional sin Derecho administrativo*²⁸.

El Derecho administrativo constitucional añade nuevos debates y cuestiones que se deben incluir en la praxis de la Administración Pública conectados con los principios y valores de la Constitución. Algunos ejemplos son el servicio objetivo al interés general, la centralidad de la dignidad del ser humano, la función promocional de los poderes públicos y la concepción abierta de los derechos fundamentales de la persona²⁹.

Se trata por tanto de reconsiderar las instituciones del Derecho Administrativo y de repensar la actuación de la Administración apartándose de la idea de exorbitancia del Poder Público para tener presente que la idea que debe de primar es el servicio objetivo al interés general³⁰.

Defender el papel de la Constitución para alumbrar la actuación de las Administraciones Públicas con base en el Derecho administrativo es más importante aún si cabe ante el autoritarismo, que pretende huir siempre de la Constitución en aras de intereses ajenos al bien común.

La Constitución venezolana establece que Venezuela es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia cuyos valores superiores son, entre otros, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad y la preeminencia de los derechos humanos. La triste realidad lleva a tener presente el fraude a la Constitución por los gobiernos autoritarios para imponer sus decisiones a los venezolanos al margen de la Carta Magna³¹. En fin, *no hay máscaras que puedan engañar a alguien*³².

Ante una situación de tan gravedad es necesario, como bien señala el título de esta obra colectiva, hacer frente a los desafíos actuales para defender los principios fundamentales del Derecho público en la reconstrucción del Estado venezolano. Todo esto pasa por defender y promover la efectiva y real aplicación de los preceptos de la Constitución de Venezuela. Un gran reto, pero necesario.

Especial referencia merece aquí el papel de los derechos fundamentales de las personas. El art. 2 de la Constitución de 1999 señala la preeminencia de los derechos humanos. Artículos como el 19, 20 y 21 señalan con claridad que el Estado garantizará a toda persona el goce, ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los dere-

²⁷ Araujo-Juárez, J. “El derecho administrativo constitucional. Sistema de relaciones, interferencias y complementariedad”, *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 14, Bogotá 2018.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Rodríguez-Arana, J. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press Editorial, España 2015, p. 13.

³⁰ *Ibid.* p. 2.

³¹ Véase Brewer-Carías, A. “Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución”, *Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas 2009; Brewer-Carías, A. *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, New York.

³² Brewer-Carías, A. “La desconstitucionalización del Estado de Derecho en Venezuela: del Estado democrático y social de derecho al Estado comunal socialista sin reformar la Constitución”, *AEQUITAS-Virtual*, N° 15, El Salvador 2011.

chos humanos, reconoce el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad ante la ley. Además, el art. 22 reconoce con rotundidad que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros inherentes a la persona.

Se señala por tanto el reconocimiento de los derechos de la persona basados en su esencia y dignidad llevando más allá del Derecho positivo su protección. Este espíritu debe llevarse a la realidad en cada una de las actuaciones del poder público que ha de maximizar siempre los derechos fundamentales de las personas.

La Administración cuando actúa debe tener siempre presente que forma parte de su acervo la sensibilidad constitucional y por ello debe comprometerse a la efectividad de los parámetros constitucionales³³ entre los cuales, como no podría ser de otra manera, ocupan un lugar preeminente los derechos fundamentales.

Por supuesto que existen numerosos desafíos para reconstruir el Estado Venezolano, pero la aplicación concreta de los principios de la Administración debe realizarse bajo la buena administración, desde la búsqueda del interés general y la promoción de los derechos fundamentales. Un nuevo Estado Venezolano debe intervenir para garantizar los derechos inherentes a la persona respetando la autonomía de los individuos y de los cuerpos intermedios desde una posición garantista.

Una vez se han sentado las premisas del Derecho Administrativo Constitucional y se ha afirmado como las instituciones y categorías del Derecho Administrativo, incluidos los principios a los que se somete la Administración Pública han de interpretarse a la luz de la Constitución se hará referencia al carácter servicial de la Administración Pública, pues como ha señalado el profesor Delpiazzo en numerosas intervenciones, *La Administración Pública que no sirve, no sirve*.

3. *El carácter servicial de la Administración Pública*

A partir de las premisas que se han señalado con anterioridad en relación con la dignidad de la persona y del derecho administrativo constitucional, la Administración Pública ha de servir a los intereses generales entre los que se encuentran los derechos fundamentales de la persona³⁴. Ese carácter servicial responde en los constitucionalismos actuales de los Estados democráticos a la importancia de la dignidad de la persona y sus derechos inviolables³⁵.

¿Cuál es la principal función de un Gobierno y de una Administración? El servicio objetivo a los intereses generales para una Administración que pretenda actuar bajo los patrones de un Estado Social y Democrático de Derecho³⁶.

³³ Rodríguez-Arana, J. “El marco constitucional del Derecho Administrativo, Texto de la intervención del autor en las jornadas realizadas en la Universidad de Medellín (Colombia) el 2 de septiembre de 2010, en homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo.

³⁴ Meilán Gil, J. L. “El paradigma de la buena administración”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 17, Galicia 2013.

³⁵ Meilán Gil, J. L. “El paradigma de la buena...”, *óp. cit.*, 2013.

³⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, J., & SENDÍN GARCÍA, M. Á. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares. España 2014, p. 5.

Esa función lleva a colocar en el corazón del orden económico y social la dignidad igual de todos los seres humanos y sus derechos inalienables³⁷.

Tanto la Constitución Española en su art. 103 como la Constitución de Venezuela en el art. 141 señalan con claridad el carácter servicial de la Administración Pública. La primera señala que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales mientras que la segunda acoge el carácter servicial de la Administración a los ciudadanos.

La Exposición de Motivos de la Constitución de Venezuela también señala que la función ejercida por la Administración Pública está sujeta al servicio público o interés general, por lo que debe estar al servicio de la ciudadanía sin ningún tipo de distinciones, privilegios o discriminaciones. Existe por tanto una sujeción de carácter constitucional al servicio del interés general³⁸.

Tanto la fórmula prevista en la Constitución de España como de Venezuela, señala García Soto, aluden a la idea de que la Administración *en toda su actividad, debe servir al interés general, que se concreta, realmente, en el servicio a los ciudadanos, destinatarios de toda actividad estatal*. Constituye la fórmula del 141 un principio constitucional que debe informar toda la actividad administrativa³⁹.

El art. 5 de la Ley Orgánica de Administración Pública de Venezuela establece que la Administración Pública *está al servicio de las personas y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social*.

Lo anterior tiene como consecuencia que la finalidad de la Administración es servir a la ciudadanía y que, por ello, no debe ser considerada nunca como un fin en si misma. Ni la Administración ni el grupo de funcionarios que sirven de soporte⁴⁰.

El mandato constitucional de servicio de la Administración Pública a los ciudadanos debe estar presente, se ha señalado y se insiste, en todas y cada una de las actuaciones de la Administración, que no dejan de ser manifestaciones de poder.

Conviene detenerse aquí en el ejercicio de las potestades administrativas, especialmente en aquellos casos que pueden restringir o menoscabar derechos de las personas en aras del interés general. En este sentido son fundamentales: i) la manera de ejercitar las potestades administrativas en lo concreto y ii) el control judicial de los actos de la Administración.

i. Precisamente el sistema opresor que impera desgraciadamente en Venezuela se ha servido de las figuras clásicas de su Derecho como la presunción de validez del acto administrativo, el contrato administrativo o el servicio público⁴¹, por ello

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Brewer-Carías, A. “Los condicionantes políticos de la Administración Pública en la Venezuela contemporánea, en *XIV Jornadas de Derecho Público 2015. Impacto de los Decretos-Leyes: balance y perspectiva*, Universidad Monteávila, Caracas 2015, pp. 11-12.

³⁹ García Soto, C. “El carácter servicial de la Administración Pública: el art. 141 de la Constitución”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Venezuela 2017.

⁴⁰ Lorenzo Martín-Retortillo. “La participación en la Administración Pública, Principios y Límites”, en Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia, Aranzadi Editorial, Navarra 2000, p. 227.

⁴¹ Hernández G., J.L., “Repensando al Derecho Administrativo venezolano”, Texto de la intervención en la Lección inaugural del curso de Derecho administrativo, impartida conjuntamente con los profesores

es fundamental que el ejercicio de las potestades se lleve a cabo a través de la idea de servicio objetivo al interés general y no desde la prerrogativa o privilegio ante intereses espurios.

ii. La actividad de la Administración Pública que no pueda ser reconducida, directa o indirectamente, al servicio de los ciudadanos podrá ser objeto de control judicial⁴², para lo que es necesario un Poder Judicial que sea de facto, independiente.

Ha señalado el profesor Hernández G., que el sistema opresor se ha instalado en contra de las bases del Derecho administrativo venezolano que partió en sus inicios de la configuración de una Administración subordinada la Ley y al control judicial⁴³.

4. *Principios de funcionamiento de la Administración Pública*

Una vez se ha señalado el carácter servicial de la Administración Pública en virtud del art. 141 de la Constitución de Venezuela, siempre bajo sometimiento pleno a la ley y al Derecho, conviene detenerse en los principios de su funcionamiento, también previstos en el texto constitucional.

Estos principios deben estar presentes en toda actuación de la Administración Pública y su aplicación ha de estar orientada siempre a la maximización de los derechos fundamentales de la persona conforme a los principios y valores de una buena administración.

A través de estos principios se potencian los sistemas de protección de las personas, que tienen como eje la dignidad de la persona humana de la que derivan principios y subprincipios como la buena fe, la confianza legítima, la buena administración, responsabilidad estatal o participación ciudadana⁴⁴.

No es objeto del presente trabajo efectuar un estudio detallado de todos los principios de funcionamiento de la Administración Pública y de su régimen jurídico pues nos alejaríamos del enfoque principal que nos ha ofrecido esta oportunidad para reflexionar. Si considero oportuno y procedente i) recalcar la necesidad que dichos principios se apliquen en la realidad del actuar de la Administración y ii) a través de las manifestaciones de este breve epígrafe, dar pie al análisis del principio de buena administración, subsidiariedad y transparencia como principios que considero fundamentales para la reconstrucción del Estado Venezolano a la luz de la centralidad de la persona en el marco de lo común.

Abundan en la doctrina los estudios y trabajos monográficos sobre los principios de funcionamiento de la Administración Pública. Todos ellos parten y reconocen el ca-

José Antonio Muci y José Valentín González, el 25 de septiembre de 2013 en la Universidad Católica Andrés Bello, p. 16.

⁴² En virtud de los arts. 141 y 259 de la Constitución de 1999 y de lo previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela.

⁴³ Hernández G., J.I., "Repensando al Derecho Administrativo...", *op. cit.*, p. 16.

⁴⁴ Cassagne, J. C. *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*. Reus, Madrid 2016, p. 30.

rácter servicial de la Administración Pública⁴⁵. Y es que los principios generales han sido fundamentales para la construcción del Derecho administrativo venezolano⁴⁶.

El ya citado art. 141 señala que la Administración Pública se fundamenta en *los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública. Todo ello, se ha señalado, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.*

También el Decreto N° 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública señala una serie de principios y bases del funcionamiento de la Administración Pública. En su art. 3 establece que el objetivo de la Administración Pública es hacer efectivos los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos. Se consagra en su art. 4 el principio de legalidad y en sus arts. 5 y 6 el carácter servicial de la Administración.

Es su art. 10 el que establece cuales son los principios que rigen la actividad de la Administración Pública, muchos de ellos reconocidos ya en el texto constitucional.

La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.

A lo largo del resto del articulado nos encontramos el reconocimiento de nuevos principios y su desarrollo. Algunos de los señalados en el texto normativo son los siguientes: publicidad normativa (art. 12), responsabilidad patrimonial (art. 13), rendición de cuentas (art. 14), potestad organizativa (art. 15), responsabilidad fiscal (art. 17), control de gestión (art. 18), eficacia y eficiencia (arts. 19 y 20), simplicidad, transparencia y cercanía (art. 22), cooperación (art. 23), jerarquía (art. 28) entre otros muchos enumerados y regulados en la precitada norma.

Gran parte de estos principios se verá más adelante, forman parte también del conocido como derecho fundamental a una buena administración, que es una de las propuestas que se presentan como uno de los posibles principios vertebradores de la reconstrucción del Estado y la Administración Pública Venezolana y que se estudiará en el siguiente epígrafe.

En cualquier caso, como ya se ha apuntado en párrafos anteriores y nos recuerda el profesor Armando Rodríguez, la existencia formal de Principios Generales de Derecho Administrativo no implica que se garantice su cumplimiento⁴⁷. En el caso venezolano nos recuerda el profesor, la situación es aún mas grave pues hay una conducta constante de vulneración de los principios fundamentales que, en realidad, lejos de opacar su validez y vigencia, los realzan y reafirman pues son un parámetro de contraste y referente

⁴⁵ Por ejemplo, en Venezuela podemos señalar los trabajos de Belandría García o Brewer-Carías.

⁴⁶ Rodríguez García, A. "Los principios generales en el Derecho Administrativo Venezolano", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 13, A Coruña 2009.

⁴⁷ Rodríguez García, A. "Los principios generales en el Derecho Administrativo Venezolano", *op. cit.*, 2009.

integral del sistema⁴⁸. Ante situaciones como la que se presenta, es un deber de la doctrina alzar la voz y defender con fuerza los principios y valores constitucionales que deben concretarse en cada una de las actuaciones de la Administración Pública.

II. PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN, SUBSIDIARIEDAD Y TRANSPARENCIA PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO

1. Selección de los principios

El Derecho Administrativo es un terreno fértil y propicio para la aplicación e integración de los principios generales del Derecho⁴⁹. Por mas que algunos, indica Cassagne, sigan postulando una concepción estrictamente positivista del derecho, los principios de justicia han socavado la pirámide de Kelsen y representan un freno para defender los derechos de los particulares frente a los abusos⁵⁰. Esta afirmación nos invita a reflexionar el papel que principios como el de buena administración, subsidiariedad o participación ciudadana pueden jugar para promover la dignidad de la persona en su esfera individual y comunitaria con independencia de su positivación.

Muchos de ellos son principios inagotables que nacen de la misma naturaleza de las cosas⁵¹ cuya sustancia consiste en que son normas básicas reveladoras de las ciencias y convicciones de la comunidad respecto a los problemas fundamentales de su organización y convivencia⁵². Todos ellos tienen, recordamos, como base la dignidad de la persona humana.

Los principios señalados, buena administración, subsidiariedad y transparencia creo que son importantes para tratar de recuperar una normalidad institucional en Venezuela a través de la actuación de la Administración Pública. Aún así no debemos de olvidar que es necesario también un marco de normalidad institucional. Esto es, una buena administración requiere de un buen gobierno y ese buen gobierno ha de ser democrático y respetar la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes.

2. Principio de buena administración

El profesor Meilán Gil ya apuntó que se habla afortunadamente de la buena administración. Ésta se ha introducido al máximo nivel del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en la medida en que fue incluida en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, se encuentra como principio en muchos ordenamientos jurídicos y es citada en los fundamentos de sentencias de los tribunales donde puede ser invocada⁵³. Otro importante ejemplo de su reconocimiento como derecho fundamental que no debe ser

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Cassagne, J. C. *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*. Reus, Madrid 2016, p. 79.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 77.

⁵¹ Del Vecchio, G. *Los principios generales del Derecho*. 3ª Edición. Editorial Bosch, Barcelona 1971, p. 122.

⁵² Díez Picazo, L. *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Tecnos, 2003, p. 145.

⁵³ Meilán Gil, J. L. "La buena administración como institución jurídica" *Revista Andaluza de Administración Pública*, 87, 2013, p. 14.

desdeñado es la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (en adelante, la “Carta” o la “Carta Iberoamericana”).

Precisamente la Carta Iberoamericana a la que nos hemos referido en su Preámbulo señala expresamente que la *buen*a Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el que hacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable.

La buena administración es un derecho fundamental, un verdadero principio de actuación administrativa y una obligación inherente a los poderes públicos⁵⁴. La Administración recuerda Durán no puede ser sino buena en la medida en que si no lo es resulta ilegítima⁵⁵, lo que implica una serie de consideraciones éticas porque se califica un obrar conforme a lo que es bueno⁵⁶. Se ha convertido en más que una protección fundamental, en un conjunto de valores desde donde la ciudadanía juzga hoy la legitimidad de las administraciones públicas⁵⁷.

La noción de buena administración ofrece un importante cauce a la mejora de la relación entre la Administración y los administrados en el Estado Constitucional de Derecho y goza como principio general del Derecho de máximo valor y fuerza.⁵⁸

Tanto la buena administración como sus corolarios permiten hacer inteligible la norma jurídica y orientar su aplicación, respondiendo además a la necesidad para la práctica judicial de una construcción en la cual las ideas, directrices y principios informadores ocupen un primer lugar en relación con normas específicas⁵⁹. Independientemente de su positivación, puede deducirse de la cláusula de servicio al interés general.

Este principio envuelve toda la actividad administrativa por lo que se puede hablar de buena administración en múltiples ámbitos que abarcan desde la configuración urbanística de un entorno urbano, pasando por la contratación pública, el ejercicio de potestades exorbitantes o en la prestación de servicios públicos. La buena administración arropa todos los aspectos de la actividad de la Administración.

Como señala Delpiazzo una adecuada traducción del principio de buena administración a la realidad implica crear condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo en el que jugar libremente su papel activo y realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integra-

⁵⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, J., *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Global Law Press Editorial Global, Sevilla (España), 2015, p. 586.

⁵⁵ Durán Martínez, A. “Principio de eficacia y Estado subsidiario”, en AAVV, *Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni*, Fundación Cultura Universitaria (Montevideo), p. 154.

⁵⁶ Delpiazzo, C., “La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados”, *Revista de Derecho. Segunda época*, año 9, N° 10, 2014, p. 42.

⁵⁷ Cerrillo i Martínez, A., *El principio de integridad en la contratación pública*. Aranzadi, Pamplona-España, 2014, p. 24.

⁵⁸ Delpiazzo, C., “La buena administración... *óp. cit.*”, p. 42.

⁵⁹ Del Vecchio, G. *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona-España 1971, p. 64.

do⁶⁰. Es una guía de la actuación para el poder público que pretende fomentar el libre desarrollo de la persona a través de una intervención y actuación administrativa presidida por el logos de lo razonable⁶¹.

Una Administración Pública debe ir mucho más lejos de lo que propone el principio de legalidad o juridicidad, debe actuar conforme a las exigencias de la buena administración que emana de la naturaleza vicarial de la Administración. Administrar bien es mucho más que respetar el principio de legalidad⁶² y es, además, un deber moral del poder para los ciudadanos.

¿Bajo qué principios descansa el derecho fundamental de la persona a una buena administración? Todas las leyes administrativas que se han ido promulgando en Iberoamérica, señala el Preámbulo de la Carta, disponen de largos repertorios. Muchos de los derechos componentes además se encuentran en las principales normas que regulan el régimen jurídico de la Administración y los procedimientos a los que esta se sujeta.

Los principios que se encuentran en la Carta Iberoamericana deben concretarse desde un espectro amplio respetando el Ordenamiento jurídico en su conjunto⁶³. De estos principios parten a su vez nuevos corolarios que fortalecen la posición del ciudadano, algo más que necesario en la reconstrucción institucional de Venezuela ¿Qué principios? Juridicidad, racionalidad, igualdad de trato, seguridad jurídica, ejercicio normativo del poder, coherencia... todos ellos forman un gran espectro incluido en la Carta y defendido en numerosas ocasiones por el profesor Rodríguez-Arana⁶⁴.

El principio de servicio objetivo se traslada a todos los agentes y actuaciones administrativas ya sean expresas, tácitas, presuntas o materiales. Precisamente por lo anterior cobra fuerza el principio promocional que se refiere a impulsar la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas fomentando la participación ciudadana.

Un principio como el de racionalidad se extiende a las motivaciones y argumentaciones de todas las actuaciones administrativas aún más, por supuesto, en el ejercicio de las potestades discrecionales. El compromiso con los Derechos Humanos de una Administración se mide por la calidad y rigor de sus motivaciones⁶⁵.

Asimismo, principios como los de seguridad jurídica, previsibilidad, claridad y certeza normativa somete a Derecho vigente a la Administración en cada momento sin que pueda considerar la producción normativa como un juego arbitrario. Además, la Administración debe tratar de usar lenguaje y técnica jurídica que tienda a hacerse entender por los ciudadanos.

⁶⁰ Delpiazzo, C., "La buena administración... *óp. cit.*, p. 42.

⁶¹ Recasens Siches, L. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México 1973.

⁶² Ruocco, G. "La buena administración y el interés general" en (VV.AA), *Ética, Estado de Derecho y buena administración*, U.C.U., Montevideo 2013, p. 97.

⁶³ Rodríguez-Arana Muñoz, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6, 2013, p. 49 y ss.

⁶⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, J., "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *óp. cit.*, p. 49 y ss.

⁶⁵ Rodríguez-Arana Muñoz, J. "Sobre la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública", *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 18, p. 17-30.

Finalmente, en relación con la actividad de policía destaca la aplicación del principio de proporcionalidad en virtud del cual las decisiones administrativas deberán ser adecuadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, dictándose en un marco de justo equilibrio entre los diferentes intereses y evitándose limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales

Estos son algunos de los importantes principios que emanan de la buena administración y que se señalan en la Carta. De estos principios emanan una serie de derechos componentes a una buena administración tales como el derecho a la motivación de las actuaciones administrativas, tutela administrativa efectiva, resolución administrativa conforme al Ordenamiento Jurídico, derecho a no presentar documentos que obren en poder de la Administración, derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones a la Administración, a ser oído antes de la adopción de medidas desfavorables, derecho a servicios públicos de calidad, a ser informado sobre cuestiones de interés general, derecho de acceso a la información pública o a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y promover medidas para su mejora.

El enfoque de este derecho desde la perspectiva pública impone el deber de la Administración de concretarlo en todas las manifestaciones del bien servir a la sociedad, a los grupos intermedios, a la familia y a las personas individualmente consideradas en todas sus dimensiones⁶⁶.

Precisamente la mención de servicio a la sociedad, cuerpos intermedios, a la familia y a la persona permite traer a colación de lo anterior el conocido como principio de subsidiariedad. Un principio que viene a establecer títulos competenciales entre el Estado y la Sociedad desde la perspectiva horizontal y entre los distintos organismos del Estado en su vertiente vertical. Una Administración Pública que actúe conforme al principio de subsidiariedad dará la mayor amplitud posible a la sociedad y a los individuos para autogestionarse en el marco legal y a nivel vertical permitirá que las entidades más cercanas sean las que gestionen los aspectos de interés común.

3. Principio de subsidiariedad

El profesor Cassagne lleva muchos años señalando como a partir de la segunda mitad del siglo XX se está produciendo una importante transformación del papel que le corresponde asumir al Estado.

Ha surgido un proceso que destraba las vinculaciones autoritarias entre la Sociedad y el Estado y desplaza la intervención estatal del espacio público, que sólo se justifica ahora de manera subsidiaria⁶⁷. No olvidemos que la pretensión, desgraciadamente más habitual de lo que debiera, de diluir la sociedad en el Estado tiene un importante componente totalitario ya que rompe el orden espontáneo de los sujetos privados⁶⁸, elemento indispensable para un desarrollo natural del orden social.

⁶⁶ Delpiazzo, C., “La buena administración... *op. cit.*, p. 50.

⁶⁷ Cassagne, J. C. “La transformación del Estado”, *Revista de Derecho Público*, Nº 47/48, 2016, p. 65.

⁶⁸ Hayek, F. *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, España 2014.

Es un principio que limita considerablemente la operatividad del poder estatal y responsabiliza a las personas en el cumplimiento de sus fines vitales y sociales⁶⁹ permitiendo a los individuos alcanzar el logro de sus intereses, ante un poder descentralizado y basado en la actividad de fomento más que en la de limitación o servicio público.

La subsidiariedad parte de Aristóteles y se proyecta a lo largo de la historia recordando la centralidad y dignidad de la persona, su carácter social y su derecho al autogobierno sin perder la noción de responsabilidad ni olvidarse de la tendencia autónoma a la solidaridad. Por ello la subsidiariedad es un principio rector que justifica la intromisión del Estado en el plano económico y social⁷⁰ sólo cuando es necesario e imprescindible para el bien común.

Aunque este principio tiene múltiples aperturas que afectan a la actividad del Poder y de la Administración (el reparto de competencias entre administraciones, administración local, eficiencia en la gestión pública, servicios públicos y sociales, regulación económica, concesiones, licencias y autorizaciones...) considero conveniente ubicar el punto de mira de esta exposición en la distribución y transferencia del poder a las personas privadas como individuos o a través de sus manifestaciones comunitarias. De esta manera el principio de subsidiariedad enlazará con el siguiente principio de transparencia que desemboca en una mayor participación del ciudadano en los aspectos de interés general. Todo ello imprescindible en un Estado democrático.

Siendo el hombre un ser social por naturaleza, el Estado no debe fagocitar a la Sociedad Civil interviniendo en tareas que no le corresponden o no son de su competencia a no ser que la deficiencia de iniciativa ciudadana lleve aparejado como perjuicio algún aspecto de interés general. Tiene, por tanto, el Estado, un papel auxiliador. Un Estado Subsidiario es un Estado de Justicia tal y como señala Cassagne siguiendo las consideraciones de Del Vecchio⁷¹. La Administración en la ejecución de políticas públicas y en su actividad normadora debe actuar conforme a este principio.

La defensa del principio de subsidiariedad se encuentra directamente vinculada a la visión de la persona como ser social, que forma parte de una comunidad⁷². El hombre es un ser cívico que no se agota en sí mismo ni consigo se basta⁷³, lo que no implica que renuncie a su autonomía e individualidad como persona.

Es, por tanto, *un principio que trata de hallar el nivel adecuado al ejercicio de cierta competencia, no siendo llamado el nivel superior más que cuando los niveles inferiores no sean capaces de ejercitarla*⁷⁴. En este sentido, lo que en una sociedad pue-

⁶⁹ Rodríguez-Arana, J. "El principio de subsidiariedad" 2019, publicado en: <https://www.diariodeferrrol.com/opinion/jaime-rodriguez-arana/principio-subsidiariedad/20191102223429267620.html> (última consulta: 10/07/2020)

⁷⁰ Barra, R. *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, p. 35 y ss.

⁷¹ *Ibid.*, p. 69.

⁷² Pérez Adán, J. "Introducción y presentación. La comunidad: haciendo visible lo invisible, *ARBOR*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Nº 652, 2000, p. 569.

⁷³ Ortega Muñoz, J. F. "Persona y Sociedad", *Contrastes, Revista Interdisciplinaria de Filosofía*, Nº 5, 2000, p. 138.

⁷⁴ Carro Martínez, A., "La Unión Europea y el principio de subsidiariedad", *Revista de Administración Pública*, Nº 126, septiembre-diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, p. 237.

de realizarse por la entidad más próxima al ciudadano no debe ser asumida por uno más lejano, salvo que el primero sea incapaz para lograr los fines que pretende⁷⁵. Lo que la entidad inferior puede hacer no debe efectuarse por la superior.

Por ello es un principio que define las competencias entre la Sociedad Civil y el Estado delimitando una serie de espacios de abstención en los que la intervención sólo está legitimada por razones de interés general y en los casos en los que la Sociedad no sea capaz de dirigirse hacia el bien de todos sus componentes. Se deposita por tanto la confianza en los cuerpos intermedios y en las personas individuales para que puedan alcanzar los fines que le son propios.

La sociedad civil fuerte es la base fundamental para la constitución de un Estado fuerte que respeta los derechos fundamentales de las personas y los espacios de libertad de las instituciones que lo integran. Nos enseña Messner cómo el Estado si bien es cierto tiene competencia para definir la correlación recíproca de las potestades sociales carece de título jurídico, aptitud jurídica y moral para intervenir en la esfera de actuación que es privativa de la sociedad⁷⁶.

El principio de subsidiariedad se alza como un principio de limitación del poder público en la esfera individual y colectiva de la ciudadanía para garantizar su libertad, solidaridad y responsabilidad. Se trata de fomentar la amplitud de movimientos de los ciudadanos y distintas colectividades en la esfera pública y en el mercado.

Precisamente por lo anterior el principio de subsidiariedad es un derecho inherente a la persona humana. Pretende salvaguardar y fomentar su dignidad a través de la autonomía del individuo para alcanzar a través de los cuerpos intermedios y las propias personas autónomas e independientes los fines de interés de todos. A través de la realización de este principio jurídico se fomenta la libertad, la solidaridad y como no podría ser de otra manera, la responsabilidad.

No le corresponde pues, al Estado, absorber e integrar la Sociedad Civil hasta provocar una confusión entre ambas. Más bien ha de otorgar a la Sociedad la máxima libertad posible y sólo intervenir en aquellos casos en que sea imprescindible su papel para asegurar la satisfacción del interés de todos

Por ello considero que implantar el principio de subsidiariedad como un principio presente en la actuación de la Administración en sus distintas vertientes en el Estado Venezolano contribuirá a un enriquecimiento de la esfera pública y del debate público, así como de las relaciones comerciales entre sujetos privados.

4. *Principio de transparencia*

Ya hemos señalado como el punto de partida es la centralidad de la persona humana en el sistema. Afirmar lo anterior implica que las instituciones de Derecho administrativo han de observarse desde la óptica que permita promover su dignidad al máximo posible.

⁷⁵ Chicharro Lázaro, A. *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi Thomson Reuters, España 2001, p. 33.

⁷⁶ Messner, J., *Ética social Política y económica, al la luz del Derecho natural*. Ediciones Rialp, España 1967; Messner, J. *Ética General Aplicada*, Ediciones Rialp, España 1969.

Por ello uno de los principios clave que a mi juicio ha de formar parte de la reconstrucción del Estado venezolano es la transparencia y acceso a la información pública para promover la libre y real participación ciudadana en los asuntos públicos.

Un Estado que practica la buena administración y aplica el principio de subsidiariedad debe ejercer su actuación conforme al principio de máxima transparencia y acceso a la información pública para permitir a la ciudadanía la toma de decisiones en aspectos del bien común y controlar el ejercicio del poder. No tiene sentido defender el rol subsidiario del Estado para promover la libertad a la hora de desenvolverse en el marco común bien desde la esfera pública, bien desde el mercado, si no otorgamos instrumentos adecuados para promover dicha participación. Por eso es fundamental la máxima transparencia en la actuación de los poderes públicos.

La defensa de la transparencia tiene más repercusión que la que a priori pueda parecer. Una Administración, un Poder transparente, permite a los ciudadanos obtener claridad sobre diversos aspectos que parten de la misma transparencia en la función normativa hasta la publicidad de las agendas públicas. La Administración debe operar con muros de cristal.

En una Administración que es transparente los ciudadanos pueden conocer qué es lo que ocurre en la Administración. Conocer la realidad de la Administración implica que puedan ser conscientes de manera veraz y actualizada de las decisiones adoptadas, del funcionamiento de las instituciones públicas, del manejo de los fondos públicos, en definitiva, de los criterios por los que se guían las administraciones. La Administración ha de estar conformada por paredes de cristal y enfrentarse a la oscuridad. De esta forma los ciudadanos pueden participar en los asuntos comunes y controlar la actuación de los dirigentes y de la Administración.

Ya no cabe en un Estado Social y Democrático de Derecho una Administración weberiana. Debemos dejar atrás las concepciones del Poder Público que lo entienden constituido por Administraciones opacas, lejanas, burocráticas. Para ello es necesario abrir el camino de la transparencia: una Administración abierta a todos, cristalina, cercana, abierta y participativa.

La Administración ha de poner a disposición del ciudadano Portales de Transparencia en sus páginas webs donde vuelquen información de interés para el ciudadano, información veraz y actualizada, que verse sobre, entre otras materias, información institucional, económica o estadística.

Una buena Administración Pública también debe responder aquellas solicitudes que los ciudadanos realicen de acceso a información. Sólo así se podrá controlar a los gobernantes, prevenir la corrupción y fomentar la participación sin olvidar que se incrementa la seguridad jurídica. Acristalar los muros de la Administración en Venezuela no sólo actuará como un elemento de prevención de la corrupción sino también fomentará la participación.

Hay una serie de principios que han de encontrarse presentes en la regulación de la transparencia y que, en mi opinión, deberían de tenerse en cuenta para promover un clima de apertura. Son los siguientes: a) la información pertenece a los ciudadanos y no a los gobiernos, b) las excepciones al principio anterior han de ser muy limitadas y previstas en el Derecho positivo, c) las excepciones deben basarse en daños identificables en relación con intereses públicos concretos, d) incluso cuando exista un daño identifi-

cable, éste debe ser superior al interés público que se atiende mediante la aportación de la información y e) la garantía de la transparencia debe atribuirse a los jueces o a una autoridad independiente⁷⁷.

Tenorio Cueto considera que hay una serie de principios comunes en el Derecho español e iberoamericano en relación con el derecho de transparencia y acceso a la información pública. Entre ellos el principio de máxima publicidad, no discriminación, calidad de información y gratuidad⁷⁸. Todos ellos deben estar presentes no sólo en la norma, sino en la vocación de transparencia concreta y particular de los organismos públicos.

Especial mención merecen los conocidos como límites de acceso a la información pública, que impiden el acceso a determinada información en el caso de que su difusión afectara al interés público o a determinados intereses particulares (por ejemplo, la defensa nacional o la protección de datos personales, respectivamente) Su aplicación práctica debe enfocarse siempre desde la buena administración y partiendo de la premisa de la maximización de la apertura y transparencia en cada solicitud.

No hay que perder de vista que esta materia no es ni abstracta ni ajena a la actividad diaria de las Administraciones⁷⁹, sino que se encuentra muy cercana a la tierra. La transparencia imbuye no sólo las grandes decisiones de la Administración, sino también su actuación cotidiana.

La apertura de la Administración a la puesta a disposición de información a los ciudadanos debe abarcar desde las grandes decisiones en materia presupuestaria o los organigramas de los dirigentes de las Administraciones a las agendas de los líderes políticos o las resoluciones de procedimientos administrativos. Esta última, no olvidemos, es consecuencia de una de las manifestaciones de la transparencia y del Estado de Derecho: el deber de motivación de los actos y decisiones de la Administración que se opone a la arbitrariedad.

Es gracias a la idea del *open government* a través de la cual se pretende equilibrar la balanza entre el poder y del ciudadano. Con este tipo de iniciativas se espera fortalecer la legitimidad de los poderes públicos y dar respuesta a las demandas de quienes solicitan una mayor transparencia y un acceso real y efectivo a la información pública. La cultura de la rendición de cuentas dota de legitimidad al poder público ante el verdadero protagonista del interés general, la persona.

Gracias a la transparencia se puede contribuir desde la sociedad civil a la fijación de prioridades políticas y mover la acción de los grupos parlamentarios y al Gobierno a

⁷⁷ Blanton, T. S. "The world's right to know", *Foreign Policy*, 2002, p. 50 y ss. citado en Piñar Mañas, J. L. "Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Revista Catalana de Dret Public*, N° 49, 2012, p. 8.

⁷⁸ Tenorio Cueto, G. A. "El Derecho de acceso a la información en Iberoamérica y su concreción como garantía constitucional. El caso mexicano", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (Nueva época)*, N° 17, (2017). Recuperado de: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10401&path%5B%5D=11035>

⁷⁹ *Vid.* Cano Montejano, J. C. "Transparencia en la UE: evolución y perspectivas", *Anuario Jurídico Villanueva*, 2013, p. 54.

lograr un objetivo: la transparencia⁸⁰. Por eso considero que la transparencia es un aspecto fundamental para la reconstrucción del Estado venezolano. Ésta permite junto con los anteriores ingredientes (subsidiariedad y buena administración) el desarrollo de una sociedad civil fuerte y de un clima de participación y libertad.

Para que tenga lugar ese clima de transparencia y participación no sólo es necesario el desarrollo normativo para su puesta en práctica como ya sabemos. Se debe contar un clima en el poder público a favor de la transparencia real y efectiva, así como un marco institucional que la promueva. Si no es así me temo que puede ocurrir lo que ya sucede con demasiada frecuencia, y es que se convierta simple y llanamente en un brindis al sol.

No hay que olvidar que los sistemas democráticos nacieron *bajo la perspectiva de erradicar para siempre de la sociedad el poder invisible para dar vida a un gobierno cuyas acciones deberían haber sido analizadas en público. Una de las razones de la superioridad de la democracia con respecto a los Estados absolutos que habían reivindicado (...) la necesidad de que las grandes decisiones políticas fuesen tomadas en gabinetes secretos, lejos de las miradas indiscretas del público*⁸¹. En definitiva, el gobierno democrático da vida a la transparencia del poder o dicho de otra manera al poder sin máscaras⁸². Habermas ha llegado a proclamar que no habrá ciudadanía hasta que la publicidad política activa sea un principio organizativo del Estado⁸³.

El fortalecimiento de la transparencia y, por lo tanto, de las facultades de control y participación ciudadana son elementos que ponen de manifiesto como las Administraciones opacas y que actúan partiendo de la prerrogativa y el privilegio deben quedarse atrás para dar lugar a administraciones cristalinas, que parten del servicio objetivo al interés general y de la cercanía del ciudadano. Con ello, el espacio público venezolano logrará una importante vitalidad y un elemento más para fortalecer su democracia ante la reconstrucción de su Estado.

III. REFLEXIÓN CONCLUSIVA: HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO

Se ha señalado en este escrito como en definitiva el Derecho Administrativo regula la Administración Pública y sus actuaciones. El Derecho Administrativo es el Derecho de la Administración Pública, que a su vez es el elemento de poder más cercano al ciudadano y que más fuerza interventora ejerce sobre él. Fuerza interventora que en sistemas autoritarios se enmarca en un espacio de opresión.

Afirmar que es el elemento de poder más cercano al ciudadano tiene como consecuencia también que sus actuaciones y decisiones pueden afectar con gravedad a la vida ordinaria de las personas.

⁸⁰ Guichot Reina, E. "El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas". *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, Nº 84, 2012, p. 95.

⁸¹ Bobbio, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México 1986.

⁸² Bobbio, N. *El futuro de la... op. cit.*, 1986.

⁸³ Habermas, J. *Historia y crítica de la opinión pública*, G. Gilli, Barcelona 1981, p. 139.

Una mala administración puede arrumbar los derechos fundamentales de las personas e intentar despojarlas de su dignidad en su vida ordinaria. Una buena administración puede ayudar a las personas, a la ciudadanía, a la libre consecución de sus fines existenciales.

Por ello es fundamental mantener presente la centralidad de la persona en el espacio común y la naturaleza servicial de la Administración Pública. La Administración sirve objetivamente a los intereses generales y debe promover al máximo posible la efectiva realización de los derechos fundamentales de las personas. El Derecho administrativo constitucional tiene el papel de aterrizar los principios y valores constitucionales en la realidad concreta de la Administración Pública.

Es aquí donde se deja entrever el importante papel de los principios de funcionamiento de la Administración Pública. Se han referido en el presente trabajo: legalidad, eficacia, eficiencia, honestidad, responsabilidad... entre otros. Estos principios orientan y limitan al poder encarnado en Administración Pública que no olvidemos, por mandato constitucional, está sometida a la Ley y al Derecho.

Considero que más allá de esos principios para la reconstrucción del Estado Venezolano deben tenerse en cuenta: el principio de buena administración, de subsidiariedad y de transparencia. Todos ellos promueven un clima en el que la persona es la protagonista y en el que se promueve su autonomía y libertad.

Un poder administrativo que respeta la buena administración en sus decisiones concretas, que permite a la ciudadanía actuar con autonomía para el logro de sus fines y que solo interviene cuando sea imprescindible, y que además favorece un clima de participación y control a través de la transparencia es una entidad de poder que respeta el protagonismo de la persona en el sistema. Por ello considero que estos tres principios son elementos que han de estar presentes en el funcionamiento de una nueva Administración Pública venezolana en la reconstrucción de su Estado.

31. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL Y NOTAS SOBRE SU VIGENCIA

Caterina BALASSO TEJERA *

Resumen: El presente artículo se recoge la evolución que ha tenido el principio de la confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, tanto en el ámbito de la actividad administrativa, como en el de la actividad normativa y la administración de justicia. A partir de la concepción jurisprudencial de dicho principio en cada uno de los ámbitos de actuación del Estado, se recogen los atributos comunes, poniéndose de relieve las notas características del principio, desde la perspectiva jurisprudencial. Finalmente, se cuestiona su vigencia en las circunstancias que vive el país en la actualidad.

Palabras clave: Confianza legítima, Expectativa plausible, estabilidad, desconfianza.

Abstract: The following article reflects the evolution that the principle of legitimate confidence has had in through the rulings of the Supreme Tribunal of Justice, in the realms of administrative, normative and judicial activity. From the jurisprudential criteria about the principle in every State's field of action, the common attributes are drawn, emphasizing the characteristic notes of the principle, from the jurisprudential perspective. Finally, given the current situation, its applicability questioned.

Key words: Legitimate confidence, legitimate expectation, stability, distrust.

INTRODUCCIÓN

Uno de los principios que rige —o debería regir, al menos desde el punto de vista formal— las relaciones jurídicas que se establecen entre los particulares y el Estado, es el denominado principio de confianza legítima, también llamado principio de expectativa plausible.

Sobre dicho principio hace algunos años comentábamos el reconocimiento jurisprudencial que venía teniendo en Venezuela, como mecanismo a través del cual se propendía "...al reconocimiento y garantía de una estabilidad relativa respecto de las condiciones existentes en un determinado momento..." en todos los ámbitos de actuación de los poderes públicos frente a los particulares¹.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Master in Laws (LL.M.) Universidad de Columbia, Nueva York. Socio de Baumeister & Brewer, Abogados Consultores. Vice-Presidente Editorial Jurídica Venezolana, Miembro del Comité de Redacción de la Revista de Derecho Público.

¹ Balasso Tejera, Caterina. "El principio de protección de la confianza legítima y su aplicabilidad respecto de los ámbitos de actuación del Poder Público," en *El Derecho Público a los 1000 números de la Revista de Derecho Público*, EJV, Caracas 2005, pp. 745.

Señalábamos entonces que siendo incipiente la elaboración al respecto, habríamos de presenciar la evolución jurisprudencial que tendría su aplicación, con lo cual se verían perfilados los caracteres propios del mismo en el derecho público venezolano. En efecto, en los quince años que, desde entonces, han transcurrido, hemos tenido ocasión de ser espectadores, colaboradores y hasta protagonistas del reconocimiento jurisprudencial, recibo y desarrollo del principio de protección de la confianza legítima.

Sin embargo, también hemos sido testigos de la continuación –durante el mismo tiempo–, de un proceso de deformación del Estado venezolano, en el que contrasta su definición constitucional como “de Derecho y de Justicia” (artículo 2), con la realidad del país; donde la práctica política y jurídica se desarrolla en forma completamente contraria a lo que dicen la Constitución y las leyes².

Justamente por ello, recientemente, al analizar el Decreto por el cual se declaró el estado de excepción con ocasión de la pandemia del Coronavirus (incluyendo sus prórrogas), y en particular, al poner de manifiesto la dicotomía existente entre la declaratoria del estado de alarma y la realidad imperante en el país durante el período de su vigencia, concluíamos que a pesar del reconocimiento de la existencia del principio de protección de la confianza legítima, en Venezuela prevalece tal grado de inseguridad jurídica que la desconfianza de los particulares en los órganos que ejercen el poder público además de ser legítima, es absoluta y justificada³.

Es precisamente atendiendo a esta situación que en el presente trabajo queremos recoger los aspectos más emblemáticos del reconocimiento y evolución que ha tenido el principio desde el punto de vista jurisprudencial⁴, poniendo de relieve algunos cuestionamientos que merecen un estudio de mayor profundidad, así como cuestionar su vigencia en las actuales circunstancias.

I. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha venido perfilando y delineando los principales rasgos del principio de la protección de la confianza legítima en los diversos ámbitos de actuación de los poderes públicos, haciendo referencia a su operatividad respecto de la actividad administrativa, la administración de justicia y la adop-

² Véase al respecto lo señalado por Brewer-Carías, Allan R. *La vigencia del Estado de derecho como condición indispensable para la posibilidad del control jurisdiccional de la Administración Pública*, Conferencia magistral realizada en el Congreso Internacional sobre El Control de la Función Administrativa del Estado celebrado con ocasión del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, por la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo y la Fundación Institucionalidad y Justicia, en Santo Domingo, República Dominicana, el 5 de octubre de 2017, en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/10/1201.-Conf.-Contencioso-Rep-Dom-FIDA-2017.pdf>.

³ Balasso Tejera, Caterina, “La autopsia de un decreto: Sobre el contraste existente entre el Decreto por el cual se declaró el Estado de Alarma con ocasión del Coronavirus, el marco regulatorio aplicable y la situación vivida en Venezuela desde mediados de Marzo de 2020” en *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del Covid-19*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2020, p. 123.

⁴ A pesar de que en el presente trabajo el punto de partida son sentencias emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, no puedo dejar de señalar que lamentablemente, de un tiempo a esta parte, el papel de los jueces y, en particular, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, ha dejado de ser el de aplicar la ley y el derecho, y con ello, la jurisprudencia ha dejado de tener el papel que había tenido.

ción de normas. Los criterios prevalentes al respecto pueden observarse a partir de las consideraciones realizadas mediante algunas decisiones a las cuales nos referiremos a continuación; para luego extraer los aspectos fundamentales y, finalmente, observar los atributos comunes que permitan establecer, de manera general, las notas características del principio desde el punto de vista de su concepción jurisprudencial.

1. *La confianza legítima y la actividad administrativa*

En relación con la operatividad del principio de confianza legítima respecto de la actividad administrativa resulta emblemático el fallo dictado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el 29 de marzo de 2001 (caso: *The Coca Cola Company*), en la cual se estableció:

“...El artículo 11 [*de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*], brevemente analizado, es considerado como uno de los ejemplos más significativos en la legislación venezolana, del principio de la *confianza legítima*, con base en el cual, las actuaciones reiteradas de un sujeto frente a otro, en este caso de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas, que han de ser apreciadas por el juez y justamente, los criterios administrativos, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas.

Ahora bien, esta Sala observa que los criterios empleados para determinar la posibilidad de coexistencia pacífica de signos distintivos no son absolutos, sino que atienden a determinados condicionamientos que se constatan en cada situación concreta, no constituyendo así reglas rígidas que deben aplicarse en cada caso sin que medie la apreciación de las circunstancias que lo conforman. Es por todo lo anterior que en casos como el de autos no es posible afirmar que los referidos criterios, establecidos por la Administración, sean inmutables y definitivos. Así se establece.”⁵

El principio de la confianza legítima también fue analizado extensivamente por la Sala Electoral, la cual precisó que el mismo se fundamenta en la confianza que en el ciudadano produce la actuación de la Administración, actuación que debe estar supeditada por el ordenamiento jurídico y orientada por la protección del interés general. En dicha sentencia, dictada con ocasión de la impugnación de unas elecciones realizadas en el Club Campestre Paracotos, la Sala Electoral consideró que una información emanada de funcionarios del órgano electoral resultaba “...idónea para generar una *expectativa procesal plausible* en los potenciales recurrentes, en el sentido de llevarlos a la convicción de que lo procedente era agotar la vía administrativa mediante la interposición del correspondiente recurso jerárquico, antes que optar por el acceso inmediato a la sede jurisdiccional...”⁶.

Así, más allá de la vinculación que se hacía para entonces entre el principio y el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, también se asomaba su vinculación con los principios de certeza, seguridad jurídica y buena fe, al señalarse en un fallo cuya doctrina ha sido ratificada reiteradamente, y que vincularía la aplicabilidad del principio también con el ámbito normativo, lo siguiente:

⁵ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00514-030401-10676.HTM>

⁶ Sentencia N° 98 de la Sala Electoral de 1 de agosto de 2001. *ob. cit.*: *Asociación Civil “Club Campestre Paracotos”*.

“...Entre los principios que rigen a la actividad administrativa en general y que resultan aplicables también y en concreto a la actividad de la Administración tributaria, se encuentran los de certeza y seguridad jurídica, los cuales recoge el artículo 299 de la Constitución de 1999 como derivación directa de dicho principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa. Tales principios están recogidos expresamente en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas.”

La interpretación concatenada de los principios antes referidos implica, en el ámbito de las relaciones jurídico-tributarias, que toda medida que afecte las cargas tributarias de los contribuyentes debe ser predecible, esto es, que ninguna medida que transforme el marco jurídico-tributario en detrimento de los contribuyentes puede ser imprevista, pues, de ser así, se impediría a los contribuyentes la planificación del correcto cumplimiento de sus obligaciones tributarias sin desequilibrio de su desempeño económico. En consecuencia, toda medida inesperada, aunque contara formalmente con cobertura legal, haría excesiva e, incluso, desproporcionada la carga pública tributaria.⁷

En el mismo sentido avanzó la jurisprudencia ratificando conceptualmente el reconocimiento del principio y –por ende– de la protección jurídica de las expectativas nacidas de la actuación administrativa, reiterando su vinculación con el principio de la buena fe, certeza y seguridad jurídica.

“...vista la proximidad de la inauguración de los juegos y la emisión de la referida orden de compra suscrita por representantes de la Universidad, la firma personal Repro Sportny procedió a ejecutar lo solicitado, a los fines dar cumplimiento oportuno a una obligación que, en apariencia, se encontraba revestida de ciertas formalidades.

En este orden de ideas, es oportuno destacar que uno de los principios que rigen la actividad administrativa es el principio de confianza legítima, el cual se refiere a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas. (*Vid.* sentencia de esta Sala N° 02355 del 28 de abril de 2005).

En este sentido, observa la Sala que en el caso en concreto queda evidenciado que la parte demandante elaboró de buena fe los mencionados bienes por cuanto existía una apariencia de formalidad en la contratación (orden de compra) y, en virtud del principio de confianza legítima presente en las relaciones existentes entre los particulares y la Administración, hizo entrega oportuna de los trajes deportivos a los fines de que éstos fueran utilizados por los estudiantes en la inauguración de los Juegos antes referidos.

Aunado a lo anterior, advierte la Sala que la Universidad Central de Venezuela hizo uso de los trajes deportivos en un evento oficial que tenía como objetivo estimular el deporte universitario. Ciertamente, el ente universitario empleó los mencionados trajes en el desarrollo de una actividad propia, causando con su proceder un detrimento o empobrecimiento en el patrimonio de la firma personal Repro Sportny, por cuanto no dio una contraprestación por el beneficio recibido al utilizar los referidos bienes.

⁷ Sentencia N° 1252 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de junio de 2004. *ob. cit.*: José Andrés Romero Angrisano (Nulidad del artículo 199 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta de 28 de diciembre de 2001). <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1252-300604-02-0405.HTM>

En este sentido, considera la Sala que en el caso bajo estudio se ha configurado una obligación a cargo de la Universidad Central de Venezuela producto del beneficio obtenido con ocasión del uso de los bienes ya mencionados, por lo que corresponde a dicha Institución indemnizar el empobrecimiento producido en el patrimonio de la firma personal Repro Sportny.”⁸

La evolución jurisprudencial continuó afianzando la aceptación del principio dentro del ámbito de la actuación administrativa, reconociéndolo como la base de una “...nueva concepción de los vínculos que existe entre el poder público y los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella esperan se mantenga”. En tal sentido, señaló que la confianza legítima está referida “...a esa expectativa de los particulares de que la Administración Pública siga decidiendo tal como lo ha venido haciendo en una materia con base a sus actuaciones reiteradas...”⁹, aludiendo por tanto “...a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión favorable a sus intereses”¹⁰.

En tal sentido, en un fallo que ha sido reiteradamente invocado en decisiones posteriores, la Sala Político Administrativa recogió sus criterios jurisprudenciales anteriores sentados al respecto señalando:

“Esta Sala ha señalado en relación a la seguridad jurídica, que dicho postulado ha de ser entendido como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación de la Administración a través de la aplicación del Derecho. (Vid. sentencia N° 570 del 10 de marzo de 2005).

Otro de los principios que rigen la actividad administrativa es el principio de confianza legítima, estrechamente vinculado con el anterior, el cual se refiere a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas. (Vid. sentencia de esta Sala N° 1.171 del 4 de julio de 2007).

La confianza legítima constituye la base de una nueva concepción de los vínculos que existe entre el Poder Público y los ciudadanos, cuando a través de la conducta de los órganos que ejercen aquél, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella esperan se mantenga.

⁸ Lamentablemente, a pesar del reconocimiento del principio, en este caso la Sala no resolvió el asunto sometido a su consideración con base en la protección jurídica del mismo, sino recurriendo a la norma que prohíbe el enriquecimiento sin causa establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 01171 de fecha 4 de julio de 2007, *ob. cit.*: Repro Sportny Vs. Universidad Central de Venezuela. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01171-4707-2007-2002-0933.HTML>. Ratificada en Sentencia N° 00954 del 18 de junio de 2014 y Sentencia N° 00303 publicada el 5 de junio de 2019. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/305369-00303-5619-2019-2018-0573.html>

⁹ Sentencia N° 01443 de la Sala Político Administrativa del 3 de diciembre de 2015. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/183519-01443-31215-2015-2013-1562.HTML>

¹⁰ Sentencia N° 00213 de la Sala Político Administrativa de 18 de febrero de 2009. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00213-18209-2009-2006-1309.HTML>. Ratificada en sentencias N° 01181 del 28 de septiembre de 2011, N° 00954 del 18 de junio de 2014, N° 00303 publicada el 5 de junio de 2019 y N° 00684 publicada el 6 de noviembre de 2019.

Este principio alude así, en el ámbito del derecho administrativo, a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión favorable a sus intereses, en virtud de actuaciones precedentes y reiteradas de la Administración.

En sentencia N° 514 de fecha 3 de abril de 2001, esta Sala indicó que una muestra significativa de la consagración del principio de confianza legítima en nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con base en el cual, las actuaciones reiteradas de un sujeto frente a otro, en este caso de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez y justamente, los criterios administrativos, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas.

Vale destacar que, al igual que ocurre con los criterios jurisprudenciales, los que provienen de la actividad administrativa pueden ser revisados, ya que tal posibilidad está inmersa dentro de la diversa naturaleza de las situaciones sometidas al conocimiento y revisión a través del ejercicio de las funciones jurisdiccional y administrativa, sólo que ese examen no debe ser aplicado de forma indiscriminada o con efectos retroactivos perniciosos.”¹¹

Por lo que atañe a su fundamento, la jurisprudencia ha vinculado el principio de la protección de la confianza legítima al artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de donde también derivan –según ha afirmado– otros tres principios reguladores de la actividad administrativa, señalando:

“Del anterior estudio jurisprudencial y de un análisis más detallado del artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, puede concluir la Sala que de la norma *in commento* se desprenden al menos cuatro principios que regulan el funcionamiento de la Administración: el primero; el principio general según el cual la Administración puede modificar sus criterios de interpretación sobre los nuevos hechos producidos con motivo de su relación con los particulares, en razón de lo cual no se encuentra sujeta a sus precedentes administrativos. El segundo; el principio de irretroactividad de los criterios de la Administración, establecido como limitación del primero, con el que se prohíbe que la nueva interpretación se aplique a situaciones anteriores, especialmente a aquellas establecidas en los actos administrativos o por cualquier otra forma de actuación con la que se pueda crear algún derecho subjetivo a los administrados, salvo que su aplicación fuere más favorable a estos últimos. El tercero; el principio de la irrevocabilidad del acto administrativo, previsto en la parte *in fine* del analizado artículo, que también proviene de la limitación de aplicar los nuevos criterio a situaciones anteriores y, por el cual, aun cuando la Administración puede modificar sus criterios, tal potestad no le da derecho a los particulares a solicitar que se modifiquen los actos definitivamente firmes; y el cuarto, el principio de la confianza legítima, derivado de la interpretación integral de la norma, pues el precedente administrativo hace nacer expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez y la Administración, ya que los criterios, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas.”¹²

¹¹ N° 890 de la Sala Político Administrativa de 17 de junio de 2009. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00890-17609-2009-2006-1716.HTML>. Idéntico texto puede observarse en la decisión N° 1.533 de la Sala Político Administrativa del 28 de octubre de 2009. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01533-281009-2009-2005-2153.HTML>

¹² Sentencia N° 747 de la Sala Político Administrativa de 19 de julio de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/189108-00747-19716-2016-2010-0169.html>

Ahora bien, habiendo puntualizado la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa que a pesar de que los criterios establecidos a través de las actuaciones administrativas son capaces de generar expectativas legítimas, ello no se traduce en su inmutabilidad, entre las causas que ha señalado como válidas para justificar esa modificación destacan el interés general y "...que el desarrollo de la actividad administrativa así lo amerite"¹³. El principio de la confianza legítima, en este sentido, alcanzaría para eximir de la aplicación del nuevo criterio a las situaciones nacidas durante la vigencia del anterior, protegiéndose la expectativa de actuación legítimamente creada a través de la operatividad del artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y del principio constitucional de no retroactividad, con base en la firmeza de los actos¹⁴.

Cabe preguntarse, en cambio, si idéntica protección se reconocería respecto de las expectativas que nacieran de procederes no manifestados a través de criterios administrativos formalmente adoptados, o que pudieran derivarse de omisiones, lo cual no parecería viable pues según la Sala Político Administrativa ha señalado, "...a los fines de constatar la existencia de la violación de tal principio es necesaria la preexistencia de un criterio administrativo que regule el mismo supuesto de hecho"¹⁵.

Sin embargo, advertimos que de manera contradictoria, en este mismo ámbito de la actividad administrativa, la Sala Constitucional había reconocido previamente la capacidad de las omisiones de los órganos que integran la Administración Pública, para generar expectativas dignas de protección jurídica, al establecer, decidiendo una acción de amparo interpuesta contra la Comisión Nacional de Casinos, Bingos y Máquinas Tragapapeles por un grupo de empresas del ramo, por incumplimiento de lo ordenando en un fallo anterior de esa misma Sala Constitucional, lo siguiente:

"...se desprende de los autos, que transcurrió con creces el lapso establecido en el fallo tantas veces mencionado, sin que se haya dado cumplimiento a la orden impartida por la Sala, ya que hasta la fecha no se ha regularizado el otorgamiento de licencias y autorizaciones de funcionamiento de las accionantes, mediante el mecanismo previsto en el artículo 25 de la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas

¹³ Sentencia N° 1.132 de fecha 11 de noviembre de 2010, *ob. cit.*: Raiza Istúriz de Belfort y Oros vs. Ministro del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01132-111110-2010-2009-0738.HTML>. Ratificado en Sentencia N° 00146 de 9 de abril de 2019; historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/abril/304370-00146-10419-2019-2013-0448.html&palabras=confianza_legitima; así como en Sentencia N° 00684 publicada el 6 de noviembre de 2019. historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/307949-00684-61119-2019-2010-0770.html.

¹⁴ "...La firmeza de los actos es considerada como fundamento del principio de la confianza legítima, sobre la base del cual las actuaciones reiteradas de un sujeto frente a otro, en este caso de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez y justamente, los criterios administrativos, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas. (vid., sentencia de la Sala Constitucional (*sic. -la sentencia es de la Sala Político Administrativa-*) N° 514, de fecha 3 de abril de 2001, caso: The Coca-Cola Company). Sentencia N° 00143 de la Sala Político-Administrativa de 20 de marzo de 2019. http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/marzo/304269-00143-21319-2019-2017-0777.html&palabras=confianza_legitima. Ratificada por Sentencia N° 00375 de la Sala Político-Administrativa de 19 de junio de 2019. historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/junio/305656-00375-20619-2019-2015-0688.html&palabras=confianza_legitima.

¹⁵ Sentencia N° 01022 de la Sala Político Administrativa de 27 de julio de 2011. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/01022-27711-2011-2009-0357.HTML>

Traganíqueles, lo cual, constituye una situación fáctica que genera un estado de indefinida incertidumbre y falta de certeza jurídica en cuanto a la conclusión de un procedimiento administrativo, así como una transgresión a la confianza legítima derivada del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones”.

“En este contexto es menester señalar que el otorgamiento de los permisos generó expectativas en las accionantes y con ello importantes erogaciones de dinero, con la finalidad de cumplir con los objetivos para los cuales la Administración les confirió tales autorizaciones y” ejercer de esta forma la actividad económica de su preferencia. Por lo cual, la omisión de hacer cumplir los requisitos establecidos en la normativa tendiente a la regularización de la actuación de las accionantes no puede ocasionar perjuicio a quien previamente ha obtenido de la autoridad competente la anuencia para el ejercicio de su actividad, plasmado en actos administrativos, los cuales a pesar de la inhibición de su eficacia, mantenían plena validez, tal como lo apreció esta Sala en su sentencia del 13 de marzo de 2001.”¹⁶

Por otra parte, la *ampliación* de la interpretación y aplicación de una determinada disposición normativa por parte de la Administración Pública parecería no ser considerada por la Sala Político Administrativa como un cambio de criterio en los términos a que alude el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así se desprende de una desafortunada decisión en la cual la Sala afirmó que “...no todas las modificaciones argumentativas o los análisis que realiza la Administración en cada uno de los asuntos sometido (*sic*) a su conocimiento constituyen un nuevo criterio...”¹⁷.

En este orden de ideas, la aplicación de un criterio interpretativo ampliado o más preciso –pero en todo caso, diferente– de una norma cuya interpretación previa hubiera sido objeto de aplicación reiterada, no generaría una expectativa jurídica digna de protección en relación con la aplicación del criterio existente. Por ende, esta situación no estaría comprendida dentro del halo de protección del principio de confianza legítima, el cual no se consideraría vulnerado por la aplicación del *nuevo* criterio interpretativo ampliado o más preciso de la misma norma.

Adicionalmente, de acuerdo con el criterio sentado por la Sala Político Administrativa en esa misma desafortunada decisión, la sola violación de la expectativa legítimamente creada no tendría entidad suficiente para ser protegida jurídicamente, requiriéndose –además– la demostración de una lesión a un derecho previamente adquirido.

Por otra parte, la jurisprudencia ha dejado entrever que el principio de legalidad estaría en todo caso por encima de la confianza legítima, por lo que no podrían protegerse expectativas creadas por situaciones ilegales; de la misma manera que el reconocimiento de la expectativa tampoco podría comportar la legitimación de una situación ubicada al margen de la ley:

“...respecto a los principios de confianza legítima y expectativa plausible ha afirmado que tales principios o valores no pueden invocarse o predicarse en una situación de ilegalidad o al margen de la ley, pues significaría reforzar y perpetuar conductas con-

¹⁶ Sentencia de la Sala Constitucional de 28 de abril de 2003.

¹⁷ Sentencia N° 747 de la Sala Político Administrativa de 19 de julio de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/189108-00747-19716-2016-2010-0169.html>

trarias a derecho en lugar de contribuir en la consolidación de la seguridad y estabilidad del sistema jurídico legal venezolano. (*Vid.*, sentencia de esta Sala número 00292 del 25 de marzo de 2015, caso: Promotora Parque La Vega C.A.).

...*omissis*...

...por ende, no puede la empresa recurrente pretender tener una expectativa plausible nacida de una actuación ilegítima, representada en el caso de autos, por el ejercicio de una actividad comercial –la venta de bienes inmuebles– sin la respectiva autorización legal por parte de la Alcaldía del Municipio El Hatillo del Estado Bolivariano de Miranda, siendo la misma contribuyente quien debió desde un principio notificar al órgano exactor, que ejercía tal actividad comercial. Así se declara.”¹⁸

En tal sentido, las expectativas legítimamente causadas tampoco serían objeto de protección jurídica cuando el objeto de la actividad de la administración sea “...garantizar el apego a la legalidad de sus actuaciones...”¹⁹.

En atención a las consideraciones jurisprudenciales antecedentes, por lo que se refiere a la actividad administrativa de los órganos que actúan en ejercicio del poder público, el principio de la confianza legítima comportaría entonces que las actuaciones de los órganos que integran la Administración Pública se lleven a cabo, no sólo conforme a reglas preestablecidas y conocidas por los particulares, sino también respetando los criterios administrativos previamente establecidos y conforme a derecho, de manera que no haya sorpresas en cuanto a la conducta de la Administración Pública que, en todo caso, no puede aplicarse retroactivamente ni desconocer los derechos previamente adquiridos²⁰.

Así mismo, de la consideración del tratamiento jurisprudencial dado al principio, en relación con la actividad de la Administración Pública, podemos subrayar los siguientes aspectos:

- a. Por lo que se refiere a su fundamento, se destaca su vinculación con otros principios, siendo considerado como una concreción del principio de seguridad jurídica y buena fê.
- b. En efecto, se aprecia que la confianza legítima aparece como un principio que busca garantizar la certidumbre que debe existir en las relaciones jurídico administrativas.
- c. La certidumbre se refiere a la expectativa legítima de que los órganos que integran la Administración Pública mantengan la conducta que han venido observando.

¹⁸ Sentencia N° 00583 de la Sala Político Administrativa de 7 de mayo de 2017. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/199059-00583-17517-2017-2014-1506.html>. *Criterio ratificado en Sentencia N° 00730 de la Sala Político-Administrativa de 20 de noviembre de 2019 en la cual la Sala señaló que no es posible “...pretender gozar del principio de CONFIANZA LEGÍTIMA o de tener una expectativa plausible nacida de una actuación ilegítima...”*. historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/noviembre/308203-00730-211119-2019-2014-0966.html&palabras=confianza_legitima

¹⁹ Sentencia N° 00684 publicada el 6 de noviembre de 2019. historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/307949-00684-61119-2019-2010-0770.html.

²⁰ Brewer-Carías, Allan R., *Principios del Procedimientos Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, pp. 277 y ss.

d. La conducta se manifiesta a través de actos, declaraciones y doctrina consolidada, que ponen de manifiesto esa línea de actuación que se espera se mantenga.

e. El interés general o el desarrollo de la actividad administrativa pueden justificar la existencia de cambios en la actuación de la Administración Pública.

f. Los cambios que se hagan deben ser predecibles, y no deben aplicados con efectos retroactivos perniciosos o de manera indiscriminada.

g. Para invocar la protección que apareja el principio, debe demostrarse la pre-existencia de un criterio capaz de generar la expectativa jurídicamente protegible, y la lesión de un derecho adquirido.

h. En todo caso, la protección no procede respecto de actuaciones llevadas a cabo al margen de la ley.

De esas consideraciones surgen varias cuestiones o planteamientos.

En primer lugar, a la par del reconocimiento de su fundamento, lo cierto es que la vinculación del principio de protección de la confianza legítima en el ámbito de la actuación de los órganos que integran la Administración Pública con los principios de seguridad jurídica y buena fe se ha construido a partir del artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, desde el punto de vista doctrinario se ha puesto de manifiesto que el principio que nos ocupa ciertamente incluiría las situaciones que encuadran dentro del supuesto a que se refiere la norma a la que se lo ha vinculado dentro de este ámbito. Sin embargo, no se agotaría ahí teniendo conceptualmente un espectro mucho más amplio.

En tal sentido, la vinculación comporta una serie de limitaciones que incluso permiten cuestionar si realmente se trata del reconocimiento de un principio autónomo o si las soluciones alcanzadas podrían haberse hecho al margen del principio de la confianza legítima o expectativa plausible, de la mano de las prescripciones relativas a la interdicción de aplicación retroactiva de la ley.

Ello, quizá como reflejo de la situación que se observara hace casi 20 años cuando de manera incipiente la Sala Electoral hacía eco de las discusiones doctrinarias existentes en relación con el mismo, en el sentido de que "...para alguna corriente doctrinaria resulta que el aludido principio ostenta un carácter autónomo, para otra se limita a ser una variante del principio de la buena fe que en general debe inspirar las relaciones jurídicas, incluidas aquellas en las que intervengan una o varias autoridades públicas..."²¹.

Este planteamiento nos lleva obligatoriamente a considerar una segunda cuestión que se observa del tratamiento jurisprudencial que se ha dado al principio, y que está referida a la concreta manifestación capaz de generar expectativas dignas de protección.

En efecto, inicialmente parece que se hubiera hecho referencia a un espectro amplio en este sentido, sin limitárselo a los actos formales, sino abarcando *una amplia ga-*

²¹ Así lo plasmaba en 2001 la Sala Electoral en el ya referido fallo N° 98 de 1 de agosto de 2001. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/agosto/098-010801-000058.HTM>

ma de conductas del actuar administrativo y de su *línea de actuación*, incluyendo los *criterios administrativos* contenidos en actos, pero también la *información* suministrada por funcionarios e incluso las *omisiones* de los órganos que ejercen la administración pública.

En este sentido, parecía seguirse lo señalado por la Profesora Rondón de Sansó cuando enumerando las conductas y actuaciones capaces de suscitar una expectativa digna de protección jurídica incluía “.....compromisos formales de carácter contractual o unilateral; las promesas, las tomas de posición expresa (doctrina administrativa); las informaciones e interpretaciones, las conductas de hecho que hacen esperar de la Administración una acción en un caso determinado; los usos, costumbres o reglas no escritas...”²².

Con el transcurrir del tiempo la jurisprudencia pronunciada en el ámbito de la actuación administrativa únicamente se ha referido a los *criterios administrativos*, señalando la necesidad de su preexistencia. Consideramos que ello no puede ser interpretado como un reconocimiento restringido del principio y que si bien los *criterios administrativos* que emanan de la Administración Pública a través de su doctrina administrativa son capaces de generar expectativas legítimas dignas de protección jurídica, no son los únicos.

La conducta administrativa cada día con mayor frecuencia se materializa a través de un amplio rango de manifestaciones que también tienen la capacidad de generar, en los particulares, creencias o expectativas de que su comportamiento sea el que lógicamente se deduzca de ellas. Y quizá precisamente el hecho de que no se encuentren recogidas en actos administrativos formales impone aún más la necesidad de que sean consideradas a efectos de la protección de los intereses que legítimamente puedan haber surgido con ocasión de las mismas.

El tema de la contrariedad a derecho también propone aspectos que pueden ser debatidos. En efecto, ciertamente la actuación de los órganos que ejercen la Administración Pública está siempre sujeta al derecho, en virtud del principio de la legalidad que los vincula. Sin embargo, y justamente con ocasión de ello, esas actuaciones están revestidas de una presunción de legitimidad y legalidad. Ahora bien, ¿qué sucede cuando en su relación con la Administración Pública los particulares se comportan de una determinada manera, confiando en que el comportamiento de los órganos administrativos ha sido –como debería ser– ajustado a derecho, y a la postre éste resulta no serlo? En estos casos entra en juego la teoría de las nulidades, pero correspondería al Juez considerar la ponderación de los intereses en juego, al resolver la tensión que existe entre el principio de la legalidad y el de la confianza legítima²³.

²² Rondón de Sansó, Hildegard, *El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Venezolano* en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías: La relación jurídico-administrativa y el Procedimiento Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 1998, p. 293.

²³ *Vale la pena recordar la situación que correspondió conocer a la Sala Electoral en la citada decisión N° 98/2001 (caso: Paracotos), en la cual se protegió la situación del particular ante la información errada por parte de la Administración, afirmándose que “...si bien en criterio de esta Sala, ante un conflicto que se plantee entre las exigencias de legalidad de un acto o actuación, y la seguridad jurídica que resulte afectada en caso de la anulación de éstos, debe el órgano judicial ponderar los intereses en conflicto en cada caso concreto y la incidencia en el interés general que tendrán los resul-*

2. *La confianza legítima y la administración de justicia*

Los inicios de la recepción del principio de confianza legítima en el ámbito de la administración de justicia los encontramos en el ya referido y emblemático fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de junio de 2001 (Exp. N° 00-1491) en el cual esa Sala, al pronunciarse sobre una acción de amparo interpuesta contra una decisión judicial mediante la cual se declaró la perención de la instancia después de que se hubiera dicho “vistos” estableció lo siguiente:

“...La interpretación pacífica emanada de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, fundada en las normas del Código de Procedimiento Civil, fue que la perención no corre después que la causa entre en estado de sentencia. *Tal interpretación generalmente admitida creó un estado de expectativa legítima, para las partes y usuarios de la justicia, de que no corría la perención mientras la causa se encontrara en estado de sentencia, y ello llevó a que no diligenciaran solicitando sentencia vencido el año de paralización por falta de actividad del juzgador.* Al no estar corriendo la perención, por no tratarse de la inactividad de los litigantes la causante de la paralización, las partes –en principio– no tenían que instar que se fallare. “Sin embargo, no puede entenderse que esa expectativa legítima sea indefinida, ya que una inactividad absoluta y continuada produce otros efectos jurídicos, aunque distintos de la perención. *“La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho.*”

Si un tribunal no despacha un día fijo de la semana, sorprendería a los litigantes si hace una clandestina excepción (ya que no lo avisó con anticipación) y da despacho el día cuando normalmente no lo hacía, trastocándole los lapsos a todos los litigantes.

Igualmente, si en el calendario del Tribunal aparece marcado con el signo de la inactividad judicial un día determinado, no puede el Tribunal dar despacho en dicha ocasión, sorprendiendo a los que se han guiado por tal calendario, ya que el cómputo de los lapsos, al resultar errado, perjudicaría a las partes en los procesos que cursan ante ese juzgado.

En ambos ejemplos, *la expectativa legítima que crea el uso judicial incide sobre el ejercicio del derecho de defensa, ya que éste se minimiza o se pierde, cuando la buena fe de los usuarios del sistema judicial queda sorprendida por estas prácticas.*

En consecuencia, si la interpretación pacífica en relación con la perención realizada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha partido de la prevalencia de lo establecido por el Código de Procedimiento Civil, el cambio inesperado de tal doctrina perjudica a los usuarios del sistema judicial, quienes de buena fe, creían que la inactividad del Tribunal por más de un año después de vista la causa, no produciría la perención de la instancia.” (*Énfasis añadido*)

tados de adoptar determinada solución, ello no le impide compartir -en términos generales- la solución propuesta por la doctrina española, en el sentido de que no basta la simple inobservancia de la legalidad de un acto, para determinar su nulidad...”. También conviene recordar la situación sometida a la consideración de la Sala Político Administrativa en el caso: Repto Sportny (Sentencia N° 01171/2007) la cual, sin embargo, no se resolvió por la vía de la aplicación del principio de la protección de la confianza legítima.

No podemos olvidar, sin embargo, que en esa ocasión la Sala Constitucional, ratificó el criterio interpretativo relativo a la perención que se pretendía cambiar, sin ahondar en fundamentos al respecto, señalando:

“...considera la Sala que la perención de la instancia, al menos en los procesos de naturaleza civil, o de los que se guíen por el Código de Procedimiento Civil, sólo funciona cuando existe inactividad de las partes, y no cuando después de vista la causa surge inactividad del juez, cuando no sentencie en los términos señalados en las leyes para ello, con lo que se paraliza la causa.”

Por lo que se refiere a la vinculación de los jueces por los criterios jurisprudenciales anteriormente establecidos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia comenzó esbozando lo que parecía una negativa, según lo plasmado en una conocida decisión en la cual, al conocer de una solicitud de revisión de un fallo emanado de la Sala de Casación Civil, sentenció:

“...el haber aplicado a la solución del recurso de casación planteado una interpretación del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, distinta de la sostenida hasta ese entonces por la doctrina de casación, no constituye una infracción a la llamada garantía de la confianza legítima, ya que los litigantes no pueden esperar de las normas individualizadas, es decir, de las sentencias, la previsibilidad segura de las normas generales, dado que la labor hermenéutica siempre deja abierta a la elección del juez varias posibilidades de interpretación de la norma jurídica, las cuales tienden a la solución más razonable de la controversia planteada. Ahora bien, el derecho positivo es vigente cuando hay seguridad en que sus prescripciones sean ejecutadas por medio de un procedimiento jurídicamente válido. Esta seguridad de aplicación está ligada al sentido que el juez atribuye a la norma aplicable al caso, lo que implica una relativa inseguridad respecto a las posibles interpretaciones que sirvan para decidir el asunto controvertido. Así pues, la certeza del derecho depende, tanto de lo que ordenamiento jurídico prescribe de lege lata como del razonable sentido que el juez atribuya a la norma interpretada. *La confianza legítima, como elemento subjetivo de la seguridad por tanto, ser un valor absoluto, y los órganos jurisdiccionales no deben limitar su tarea decisoria por los intereses de quienes esperan la aplicación de la jurisprudencia consagrada sino por la teleología a la que tiende el sistema jurídico vigente. Por otra parte, la garantía de la confianza legítima, como parte del derecho a la seguridad jurídica, no asegura el acierto de las resoluciones judiciales, ni en la valoración de los hechos ni en la interpretación y aplicación del derecho.* Por ello, aunque la interpretación dada por la Sala de Casación Civil al artículo 397 del Código de Procedimiento Civil pueda ser jurídicamente errónea o constituir un cambio en la doctrina de la casación, tales circunstancias no son, a juicio de la Sala, susceptibles de tutela constitucional por no tratarse de decisiones manifiestamente infundadas, arbitrarias o contrarias a los derechos y garantías consagrados en la Constitución. (Énfasis añadido).²⁴

A pesar de estos inicios, la Sala Constitucional luego reconoció el valor de la estabilización en la interpretación normativa, como mecanismo para garantizar la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia, reiterando la confianza que se genera en la población a partir de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales, señalando:

²⁴ Sentencia de 8 de agosto de 2002, caso: Microsoft vs. Cedel Mercado de Capitales, C.A.

“...la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo han venido haciendo, frente a circunstancias similares”.

Así, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la “motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso *sub iudice*, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando descaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la *litis* y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales.

De tal forma, que *en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos.* No se trata de que los criterios jurisprudenciales previamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente. “Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (Vid. sentencia N° 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: *Salvador de Jesús González Hernández*, entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho. *Por tal razón, en los casos en que esta Sala ha modificado un criterio jurisprudencial, que entiende ha permanecido en el tiempo*” expresamente señala que dicho cambio surtirá efectos a partir de la publica-

*ción del fallo que lo contiene (Vid. sentencia N° 438/2001 del 4 de abril, caso: C.V.G. Siderúrgica del Orinoco (SIDOR) C.A. (Énfasis es añadido)*²⁵.

A mayor abundamiento, la Sala Constitucional ha continuado vinculando el principio de la confianza legítima al principio de seguridad jurídica subyacente al modelo de Estado de Derecho consagrado constitucionalmente, argumentando sobre la necesidad de los individuos de tener certeza sobre el ordenamiento jurídico y su aplicación, afirmando:

“...La confianza legítima o expectativa plausible se encuentra estrechamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, el cual refiere al carácter del ordenamiento jurídico que involucra certeza de sus normas y, consiguientemente, la posibilidad de su aplicación, toda vez que lo que tiende es a la existencia de confianza por parte de la población del país, en el ordenamiento jurídico y en su aplicación. De allí que comprenda:

- 1.- El que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes.
- 2.- Que la interpretación de la ley se haga en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.

Así lo ha reconocido esta Sala en diversos fallos, entre los cuales cabe indicar el número 345 del 31 de marzo de 2005 (Caso: Funeraria Memorial, C.A.), en donde señaló:

“Estos otros dos contenidos generales de la seguridad jurídica (a los cuales como contenido particular se añade el de la cosa juzgada), se encuentran garantizados constitucionalmente así: el primero, por la irretroactividad de la ley sustantiva, lo que incluye aspectos de las leyes procesales que generan derechos a las partes dentro del proceso (artículo 24 constitucional); y el segundo, en la garantía de que la justicia se administrará en forma imparcial, idónea, transparente y responsable (artículo 26 constitucional), lo que conduce a que la interpretación jurídica que hagan los Tribunales, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, sea considerada idónea y responsable y no caprichosa, sujeta a los vaivenes de las diversas causas, lo que de ocurrir conduciría a un caos interpretativo, que afecta la transparencia y la imparcialidad.

Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la mayor responsabilidad en la interpretación normativa, ya que es la estabilización de la interpretación lo que genera en la población y en los litigantes, la confianza sobre cuál sería el sentido que tiene la norma ante un determinado supuesto de hecho (a lo que se refiere la uniformidad de la jurisprudencia).

Tan ello es así, que las interpretaciones de la Sala Constitucional tienen carácter vinculante, en materia constitucional (artículo 335 constitucional); las de la Sala de Casación Civil, si bien es cierto que no son vinculantes, sin embargo los jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de dicha Sala, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia, tal como lo exige el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil; y durante la vigencia del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, un efecto análogo al de la Casación Civil, producía la sentencia de la Sala de

²⁵ Sentencia de 19 de marzo de 2004, caso: Electricidad de Caracas.

Casación Penal cuando casaba en interés de la ley, ya que advertía a los jueces de instancia (sentenciadores) la infracción o infracciones cometidas, para que no volvieran a incurrir en ellas (artículo 347), a lo que se aunaba la publicación del fallo (artículo 354 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal).

La uniformidad de la jurisprudencia es la base de la seguridad jurídica, como lo son los usos procesales o judiciales que practican los Tribunales y que crean expectativas entre los usuarios del sistema de justicia, de que las condiciones procesales sean siempre las mismas, sin que caprichosamente se estén modificando, sorprendiéndose así la buena fe de los usuarios del sistema”.

Como lo señaló esta Sala –en el fallo parcialmente transcrito ut supra– *la uniformidad de la jurisprudencia es la base de la seguridad jurídica, ya que ello es lo que hace la confianza entre los usuarios del sistema de justicia, de que las condiciones procesales sean siempre las mismas.*” (Enfasis añadido).²⁶

Ahora bien, según se ha establecido jurisprudencialmente, en sentido similar al que hemos referido en relación con el ámbito de la actuación administrativa, la expectativa digna de protección jurídica en virtud del principio de confianza legítima, en los procedimientos jurisdiccionales requiere que quien la solicita demuestre la existencia previa de un criterio jurisprudencial consolidado, que haya dejado de aplicarse:

“En los supuestos que se alegue la violación del principio de la expectativa plausible, corresponderá al solicitante de la revisión alegar, probar y evidenciar dos extremos, en primer lugar que existe un criterio jurisprudencial consolidado, bien por cuanto ha sido dictado por esta Sala con criterio vinculante para el resto de las Salas de este Alto Tribunal y todos los tribunales de la República o se trata un criterio de las Salas especializadas cumpliendo el fin nomofiláctico de la casación, como los últimos y máximos intérpretes de la Ley en sus respectivas competencias, que haya permeado al resto de los tribunales de instancias, por una parte y, por la otra, que dicho criterio ha dejado de aplicársele –circunstancia en la cual se trata de un caso aislado–, fue cambiado y aplicado al momento de producirse el viraje jurisprudencial simultáneamente o de forma retroactiva.

Dada la obligación que tienen los jueces de evidenciar en su sentencia los cambios de criterios, cuando este se aplique para el caso *subjudice*, bastará producir con la solicitud la sentencia recurrida para demostrar que el cambio jurisprudencial se ha aplicado de forma simultánea o retroactivamente. Mientras que, en el caso de la falta de aplicación de un criterio jurisprudencial que afecte este principio, deberá probarse que el mismo ha sido sostenido en el pasado, no fue aplicado al caso particular y, posteriormente ha seguido utilizándose.” (Enfasis añadido).²⁷

²⁶ Sentencia N° 578 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de marzo de 2007, caso: solicitud de revisión constitucional intentada por la ciudadana María Lizardo de Jiménez contra fallo dictado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/578-300307-07-0008.HTM>. Invocada por la Sala de Casación Civil en Sentencia de 23 de mayo de 2019. Exp.: N° AA20-C-2018-000441. http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scc/mayo/305137-rc.000168-23519-2019-18-441.html&palabras=confianza_legitima

²⁷ *Ídem* Sentencia N° 1149 de la Sala Constitucional de 15 de diciembre de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194009-1149-151216-2016-16-0501.html>

La Sala Constitucional ha afirmado incluso el carácter constitucional del principio, señalando:

“...el principio de expectativa plausible o confianza legítima tiene un rango constitucional y directo, de la interpretación concordada del artículo 21, 22, 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluida como parte de los derechos fundamentales de la persona humana, que si bien no se encuentra expresamente contenidos en el catálogo comprendido en el Texto Fundamental, puede ser abarcado por aquellos que son inherentes a ella, persigue la igualdad de trato en forma genérica y es mecanismo de interdicción a la aplicación retroactiva más allá de la Ley, por lo que forma parte del bloque de la constitucionalidad y debe ser preservado por esta Sala Constitucional y por el resto de los órganos jurisdiccionales de la República.

Como acertadamente lo ha establecido la distinguida profesora Rondón de Sansó, “... no hay ningún mecanismo que pueda impedir los virajes de la jurisprudencia, por cuanto ello forma parte de la libertad, hermenéutica que es la esencia misma de la función jurisdiccional. Es por lo anterior que la única regla que tácitamente se aplica es la del expreso señalamiento que ha de hacer la sentencia que introduce el cambio jurisdiccional de que el mismo se ha producido.” (Rondón de Sansó. *El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano.*)

El principio de la expectativa plausible en el ámbito de la actividad jurisdiccional del Estado se encuentra muy vinculado al precedente judicial, que si bien no es fuente de derecho formal sienta principios susceptibles de generalización. Este principio no se ve vulnerado cuando no existen antecedentes, siendo la realidad más variada y compleja que el Derecho, surgen circunstancias fácticas novedosas que constituyen nuevos conflictos a ser resueltos, sobre los cuales las partes no deben tener otra expectativa distinta que la de obtener la tutela judicial efectiva de los órganos de administración de justicia. Diferente, son aquellos supuestos de hecho donde existe un criterio jurisdiccional consolidado, en esos casos no solo se puede esperar –garantía mínima– que se cumplan el debido proceso o juicio justo, sino además que el caso sea resuelto de la misma manera como ha venido siendo resuelto por el Poder Judicial.” (Énfasis añadido).²⁸

De manera similar, la Sala de Casación Civil también ha apelado a la Constitución, señalando que “...los principios constitucionales de expectativa plausible, confianza legítima, seguridad jurídica y estabilidad de criterio, ...*omissis*... constituyen materia de orden público...”, estando vinculados *de forma* indefectible con las garantías constitucionales del debido proceso, igualdad ante la ley y derecho a la defensa²⁹, sosteniendo incluso que su violación –de ser detectada– debe decretarse de manera oficiosa³⁰. Y lo

²⁸ Sentencia N° 1149 de la Sala Constitucional de 15 de diciembre de 2016. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194009-1149-151216-2016-16-0501.html>

²⁹ Sentencia de la Sala de Casación Civil de 18 de junio de 2019. Exp. AA20-C-2016-000691. [http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scc/junio/305573-rc.000219-18619-2019-16-691.html&palabras=confianza legítima](http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scc/junio/305573-rc.000219-18619-2019-16-691.html&palabras=confianza%20legitima). Ratificada por Sentencia pronunciada en el Exp. AA20-C-2019-000066 el 6 de agosto de 2019. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/306808-rc.000310-6819-2019-19-066.html>

³⁰ “...ha sido criterio reiterado de esta Sala de Casación Civil, que al aplicarse un criterio jurisprudencial no vigente de forma retroactiva, se incurre en el menoscabo del debido proceso y el derecho a la defensa, por un palmario desequilibrio procesal al no mantener a las partes en igualdad de condiciones ante la ley, lo que deriva en una clara indefensión de los sujetos procesales, con la violación de los principios de expectativa plausible, confianza legítima, seguridad jurídica y estabilidad de criterio, en detrimento de una tutela judicial efectiva, vicios de orden público, que de ser detectados deben ser

que es más, la Sala Constitucional ha apreciado esa vinculación, señalando –en sentido similar– que cuando un fallo obvia la interpretación de varias normas y principios constitucionales efectuada por esa Sala, debe anularse la decisión, “...debiéndose emitir nuevo fallo en el que se apliquen los criterios expuestos, en aras de garantizar su acatamiento y, por ende, la interpretación uniforme del Texto Constitucional y su cabal aplicación, en especial en lo que respecta a la tutela de los derechos a la defensa, igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, debido proceso y tutela judicial efectiva”.³¹

Dentro del ámbito de la administración de justicia, podemos concluir que el principio de la protección de la confianza legítima se traduce en la salvaguarda de las expectativas de los justiciables de que los criterios interpretativos establecidos sean aplicados de la misma manera en situaciones análogas y, de ser modificados, se apliquen hacia el futuro.

En tal sentido, de la consideración de la evolución jurisprudencial en relación con el principio dentro del ámbito de la actividad jurisdiccional, podemos subrayar los siguientes aspectos:

a. Por lo que se refiere a su fundamento, se le ha reconocido rango constitucional directo, por lo que se lo considera integrado al bloque de la constitucionalidad como un derecho inherente a la persona humana no contemplado de manera expresa en la Constitución.

b. Vinculado con el derecho al debido proceso, igualdad y defensa, elevándose a carácter de orden público.

c. Al establecerse que la uniformidad de la jurisprudencia es la base del principio de seguridad jurídica, se vincula a este principio, destacando la necesidad de los justiciables de tener certeza en el ordenamiento jurídico y su aplicación.

d. La certidumbre se refiere a la expectativa legítima de los justiciables de que los órganos que jurisdiccionales mantengan la conducta que han venido observando ante circunstancias similares.

e. La conducta se manifiesta a través de los usos procesales y judiciales, así como a través de los criterios jurisprudenciales sentados en la motivación de los fallos, que deben ser aplicados de manera uniforme para garantizar que las condiciones procesales sean siempre las mismas.

f. Los virajes de la jurisprudencia no deben aplicados con efectos retroactivos sino a situaciones futuras.

obligatoriamente declarados de oficio, sin menoscabo a que el afectado los denuncie en casación al amparo del ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, por la violación de los artículos 12 y 15 eiusdem, y artículos 2, 26, 49 ordinal 1º y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Cfr. Fallos de esta Sala N° RC-782, de fecha 19 de noviembre de 2008, expediente N° 2008-151; N° RC-147, de fecha 26 de marzo de 2009, expediente N° 2008-598; N° RC-816, de fecha 11 de diciembre de 2015, expediente N° 2015-429; y N° RC-577, de fecha 6 de octubre de 2016, expediente N° 2016-302, este último bajo la ponencia del Magistrado que suscribe la presente decisión).-” Sentencia pronunciada en el Exp. AA20-C-2019-000066 el 6 de agosto de 2019. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/306808-rc.000310-6819-2019-19-066.html>

³¹ Sentencia de la Sala Constitucional del 16 de Agosto de 2019. Exp. 17-0796. http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scon/agosto/307157-0292-16819-2019-17-0796.html&palabras=confianza_legitima

g. Para invocar la protección que apareja el principio, debe demostrarse la preexistencia de un criterio jurisprudencial consolidado que haya dejado de aplicarse.

h. Un criterio jurisprudencial es consolidado cuando (i) proviene de interpretaciones realizadas por la Sala Constitucional a tenor de la atribución que le confiere el artículo 335 de la Constitución Nacional, o (ii) luego de haber sido establecido por alguna de las Salas de Casación, ha permeado al resto de los tribunales de instancia.

De esas consideraciones surgen varias cuestiones o planteamientos.

De manera similar a lo sucedido con el reconocimiento de la aplicabilidad del principio de protección de la confianza legítima en el ámbito de la función administrativa, por lo que se refiere al ámbito jurisdiccional, aunque inicialmente se habría reconocido que los usos son capaces de generar expectativas dignas de protección jurídica, parecería que más recientemente se estaría circunscribiendo su operatividad a los *criterios jurisprudenciales consolidados*.

Como hemos señalado en líneas anteriores al referirnos a la actuación de los órganos que ejercen la Administración Pública, la actuación de los órganos jurisdiccionales en el proceso no se limita a la emisión de decisiones. Por el contrario, si bien las leyes aplicables a los diferentes procesos establecen las pautas procedimentales respectivas, lo cierto es que la actuación de los Tribunales se concreta también a través de otra serie de manifestaciones que no aparecen recogidas en normativa alguna, y que sin duda generan expectativas que, de no ser respetadas, pueden causar perjuicio a los justiciables.

Por poner de manifiesto una arista de esta cuestión, en la actualidad, de hecho, esta circunstancia tiene suma relevancia, pues a partir de la implementación –desde hace algunos años– del sistema informático que *regiría* el funcionamiento de la mayoría de los tribunales (sistema JURIS), se ha verificado una alteración de hecho de muchos de los trámites y diligencias procedimentales que se cumplen dentro de los procesos; produciéndose también alteraciones respecto de la disponibilidad de las actas procesales, acceso al expediente y a la información de manera oportuna, por señalar algunos. El principio de protección de la confianza legítima podría presentarse, en este sentido, como una herramienta que ofrezca protección ante situaciones que involucren circunstancias vinculadas con estos aspectos.

El establecimiento de su rango constitucional comporta consecuencias que ponemos de manifiesto en consideraciones que planteamos más adelante al realizar un enfoque global del tratamiento recibido por el principio.

3. *La confianza legítima y la adopción de normas*

Por último, cabe referirnos al tratamiento dado por la jurisprudencia a la aplicabilidad del principio de protección de la confianza legítima en el ámbito de la adopción de normas. En relación con este aspecto, lo primero que cabe referir es aquél Voto Salvado pronunciado por el Magistrado Hadel Mostafá Paolini en el cual, apartándose del criterio establecido por la mayoría sentenciadora, puso de relieve que la providencia administrativa que había dado lugar al asunto objeto de decisión:

...sí vulneró el principio de buena fe o de confianza legítima, en lo tocante a la ausencia de previsiones relativas a su aplicación a todas aquellas empresas aseguradoras que contaban con autorizaciones que fueron “derogadas” (en el inapropiado lenguaje empleado por la misma), como uno de los principios generales que deben ordenar la actividad administrativa. Estos *cambios regulatorios repentinos, que se dictan sin tomar en cuenta el impacto o repercusión que pueden tener en la esfera jurídica de los administrados, son claramente contrarios a la seguridad jurídica que debe celosamente observar la actividad administrativa*. Así reconocen las más modernas tendencias del derecho administrativo nacional y comparado. En este sentido, *si bien es cierto que consideraciones relativas al impacto que una modificación en las normas puede tener en la esfera de los administrados no pueden paralizar la actividad regulatoria de la Administración, y mucho menos impedir que esa actividad modifique sustancialmente el régimen de un determinado sector bajo la supervigilancia de una organismo especializado, no es menos cierto que la potestad normativa de todo ente público posee ciertos límites, entre los cuales está la protección de la confianza legítima de los particulares sometidos al control de esos órganos, confianza que se ve defraudada con regulaciones intempestivas que modifican sustancialmente el régimen aplicable a cierta actividad* y, como en el presente caso, deciden “derogar” (*rectius* suspender) autorizaciones de las que han gozado legítimamente ciertos particulares. Las normas de la providencia 807 carecen de disposiciones transitorias que podrían eventualmente haber salvaguardado los intereses legítimos de las empresas que contaban con autorizaciones previas, que se vieron privadas de derechos que habían sido otorgados por la Administración misma, sin que mediara ninguna clase de procedimiento administrativo” (*Énfasis añadido*)³².

Los criterios sentados en el anterior Voto Salvado fueron recogidos posteriormente por la Sala Constitucional que, al declarar sin lugar una demanda de nulidad intentada contra el artículo 199 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta de 2001 (*Gaceta Oficial* N° 5.566 Extraordinario), estableció:

“...*toda medida que afecte las cargas tributarias de los contribuyentes debe ser predecible*. Esto es, que ninguna medida que transforme; el marco jurídico tributario en detrimento de los contribuyentes puede ser imprevista, pues, de ser así, se impediría a los contribuyentes la planificación del correcto cumplimiento de sus obligaciones tributarias sin desequilibrio de su desempeño económico. En consecuencia, toda medida inesperada, aunque contara formalmente con cobertura legal, haría excesiva e, incluso, desproporcionada la carga pública tributaria.

Ahora bien, la estabilidad y la certeza que garantiza la predecibilidad de las normas tributarias no pueden implicar la petrificación del ordenamiento jurídico tributario, el cual, impregnado como está de la mutabilidad de los cambios económicos, requiere de constantes modificaciones. De allí, precisamente, que tanto la Constitución derogada como la vigente prediquen la necesidad de *transitoriedad* de la ley tributaria, y garanticen también que, en caso de que el legislador omita el establecimiento de esa transición, aquélla sólo regirá sesenta días continuos luego de su publicación. ...*Omissis*...

“...la transitoriedad lo que preceptúa es que la nueva regulación tributaria no se aplique a ciertos supuestos de hecho –con independencia de que la ley haya entrado ya en vigencia– hasta un momento posterior...”

³² Sentencia de la Sala Política Administrativa de 21 de abril de 2004, caso: *Multinacional de Seguros*.

En el caso concreto de las leyes que gravan actividades que se discriminan o determinan en períodos fiscales, como es el caso del impuesto sobre la renta, lo que se exige no es una *vacatio legis*, sino que la nueva legislación, aun cuando entre en vigencia, *no rija el período fiscal en curso*, sino *los que han de comenzar durante la vigencia* de esa normativa, de manera que se respete el principio de certeza y de confianza legítima en materia tributaria. En otros términos, lo importante es que aquellos tributos que gravan actividades económicas que se realizan en períodos fiscales concretos, no se apliquen a los períodos fiscales que ya estén en curso, sino que rijan, al menos, a partir del período que se inicie luego de su entrada en vigencia. (*Énfasis añadido*)³³.

A pesar de lo expuesto, y de que la Sala Constitucional habría reconocido la necesidad de garantizar la transitoriedad de los ordenamientos tributarios, negó el recurso interpuesto por estimar que la Ley impugnada había *respetado* este criterio, al no aplicarse las cargas impositivas impuestas mediante ese instrumento regulador respecto de los ejercicios fiscales que estaban en curso para el momento de su publicación, sino únicamente para los ejercicios fiscales que *iniciaren* durante su vigencia; en un evidente desatino, pues la Ley objeto de impugnación había sido publicada un 28 de diciembre; con lo cual, el *período transicional* establecido era de apenas 2 (dos) días, pues los ejercicios económicos tributables para las personas naturales, y en la práctica, para la mayoría de las personas jurídicas, inician el 1º de enero de cada año, guardando coincidencia con el calendario anual.

En todo caso, al ratificarse el criterio sentado algunos meses más tarde la Sala hizo un esfuerzo por distinguir la *vacatio legis* de la transitoriedad de la ley tributaria, limitando a esta última la vinculación con la protección de la confianza legítima de los contribuyentes, aclarando que:

“...no debe confundirse la necesaria transitoriedad de la aplicación de las leyes tributarias con la supuesta exigencia de una *vacatio legis* de las mismas, que es lo que alegó, en este caso, el apoderado judicial de la recurrente. En efecto, la *vacatio legis* lo que haría es prolongar en el tiempo, por un plazo definido, la entrada en vigencia de la norma, mientras que la transitoriedad lo que preceptúa es que la nueva regulación tributaria no se aplique a ciertos supuestos de hecho –con independencia de que la ley haya entrado ya en vigencia– hasta un momento posterior.

En efecto, la transitoriedad en materia fiscal lo que busca es preservar el principio de certeza y de confianza legítima en las relaciones jurídico-tributarias y garantizar a los contribuyentes y particulares sujetos a ella, la debida adecuación, planificación y conocimiento de las modificaciones impuestas por la nueva Ley a las situaciones normativas preexistentes.”³⁴

Por lo que se refiere al fundamento de la aplicabilidad del principio de confianza legítima a la actividad normativa, la Sala Constitucional también lo vinculó con el principio de seguridad jurídica, afirmando lo siguiente:

³³ Sentencia de 30 de junio de 2004. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1252-300604-02-0405.HTM>

³⁴ Sentencia N° 02355 de la Sala Político Administrativa del 28 de abril de 2005. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/02355-280405-2003-0772.HTM>

“El principio de seguridad jurídica como tal no se encuentra establecido en la vigente constitución.

Pero a pesar que el Texto Fundamental expresamente no lo define, el artículo 299 Constitucional, en lo relativo al sistema económico, señala: “(...) El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, ...” (Subrayado de la Sala).

La seguridad jurídica aparece ligada al fortalecimiento de la economía del país, pero considera la Sala, que ella obedece a un criterio más amplio, que se derivaría del propio Texto Constitucional y que se convierte en un principio constitucional.

Seguridad Jurídica se refiere a la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica certeza de sus normas y consiguientemente la posibilidad de su aplicación. En ese sentido en Venezuela existe total seguridad jurídica desde el momento que la normativa vigente es la que se ha publicado, después de cumplir con los diversos pasos para su formación, en los órganos de publicidad oficiales, por lo que surge una ficción de conocimiento para todos los habitantes del país, y aún los del exterior, de cuál es el ordenamiento jurídico vigente, el cual no puede ser derogado sino por otra ley, que a su vez, tiene que cumplir con los requisitos de validez en su formación, y con los de publicidad.

Pero, a juicio de esta Sala, *este no es sino un aspecto de la seguridad jurídica, ya que el principio lo que persigue es la existencia de confianza por parte de la población del país en el ordenamiento jurídico y en su aplicación, por lo que el principio abarca el que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes; y porque la interpretación de la ley se hace en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.*

Estos otros dos contenidos generales de la seguridad jurídica (a los cuales como contenido particular se añade el de la cosa juzgada), se encuentran garantizados constitucionalmente así: el primero, por la irretroactividad de la ley sustantiva, lo que incluye aspectos de las leyes procesales que generan derechos a las partes dentro del proceso (artículo 24 constitucional); y el segundo, en la garantía de que la justicia se administrará en forma imparcial, idónea, transparente y responsable (artículo 26 constitucional), lo que conduce a que la interpretación jurídica que hagan los Tribunales, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, sea considerada idónea y responsable y no caprichosa, sujeta a los vaivenes de las diversas causas, lo que de ocurrir conduciría a un caos interpretativo, que afecta la transparencia y la imparcialidad”³⁵.

En este ámbito la fundamentación del principio de protección de la confianza legítima también se ha hecho vinculándolo al principio de la seguridad jurídica, pero a través del principio constitucional de interdicción de retroactividad “...referido a la prohibición de aplicar una normativa nueva a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a

³⁵ Sentencia N° 3180 de la Sala Constitucional de 15 de diciembre de 2004. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/3180-151204-04-1823%20.HTM> Ratificada en Sentencia N° 345 del 31 de marzo de 2005 (ob. cit.: Funeraria Memorial, C.A.)

su vigencia, de forma que la disposición novedosa resulta ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado, permitiéndose la retroactividad de la norma sólo como defensa o garantía de la libertad del ciudadano. Esta concepción permite conectar el aludido principio con otros de similar jerarquía, como el de la seguridad jurídica, entendida como la confianza y predictibilidad que los administrados pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación del Ordenamiento Jurídico vigente; de modo tal que la previsión del principio de irretroactividad de la ley se traduce, al final, en la interdicción de la arbitrariedad en que pudieran incurrir los entes u órganos encargados de la aplicación de aquella. (*Vid.*, sentencia N° 0505 del 9 de mayo de 2017)³⁶.

De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales sentados sobre el particular, en relación con la adopción de normas el principio de la protección de la confianza legítima exigirá que las innovaciones y modificaciones normativas que se traducen en limitaciones a derechos constitucionales no sean impuestas de manera súbita e inesperada, sin que medie un período de transición hacia el marco normativo que se pretenda introducir, a fin de lograr un balance entre la intervención estatal que se produce y el ejercicio efectivo del derecho constitucional, preservándose la expectativa que legítimamente tienen los particulares de que las condiciones existentes se mantengan relativamente estables.

En tal sentido, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que derivan de las sentencias que han tratado el asunto, dentro de este ámbito de la adopción de normas pueden destacarse los siguientes aspectos del principio de confianza legítima:

- a. Por lo que se refiere a su fundamento, se lo vincula con el principio de seguridad jurídica al que se da reconocimiento constitucional, destacando la necesidad de los justiciables de tener certeza en el ordenamiento jurídico –y su aplicación–.
- b. La certidumbre se refiere a la expectativa legítima de los justiciables de que las normas se mantengan.
- c. Ello no implica que se paralice la actividad regulatoria, pero sus cambios no pueden ser imprevistos, sino que deben ser previsibles.
- d. Adicionalmente, las modificaciones normativas tienen que tomar en cuenta el impacto que tendrán en la esfera jurídica de los administrados.
- e. La previsión de un régimen de transitoriedad es un mecanismo adecuado para la protección de la confianza legítima en la estabilidad normativa.
- f. Los cambios no pueden aplicarse a situaciones nacidas en el pasado ni pueden violar derechos adquiridos.

³⁶ Sentencia N° 00730 de la Sala Político-Administrativa de 20 de noviembre de 2019. historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/noviembre/308203-00730-211119-2019-2014-0966.html&palabras=confianza_legitima.

En el ámbito normativo ciertamente la interdicción de aplicación retroactiva de la Ley, cuya aplicación ha sido reconocida más allá del concepto *formal* de ley, ciertamente aporta una solución que protege a los sujetos de derecho.

Sin embargo, el principio de la protección de la confianza legítima tal como ha sido construido parece ir más allá, aunque como pondremos en evidencia a continuación, es posible preguntarse si con base en el principio de la seguridad jurídica habría podido alcanzarse igual protección.

4. *Perspectiva general del principio a partir de su tratamiento jurisprudencial*

Más allá de las consideraciones realizadas en relación con el tratamiento que ha recibido el principio de protección de la confianza legítima en cada uno de los ámbitos referidos (actuación administrativa, actuación jurisdiccional y actuación normativa), la consideración global de los criterios establecidos al respecto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia permiten realizar algunas consideraciones generales sobre la recepción del principio en Venezuela.

En primer lugar, destaca su vinculación con el principio de seguridad jurídica, observándose la incipiente tendencia del reconocimiento de su rango constitucional, llamando la atención la inclinación por considerar el principio de confianza como de orden público, integrándolo al bloque de la constitucionalidad como un derecho inherente a la persona humana³⁷.

La seguridad jurídica, según la concepción de la jurisprudencia del Máximo Tribunal sumariamente expuesta por Karla Velasco, se entendería "...desde dos planos, uno objetivo relacionado con la existencia de normas y el cumplimiento de las mismas, es decir, el verdadero derecho válido (uniendo las categorías de derecho vigente y eficaz) y un plano subjetivo materializado en la certeza de garantía de los individuos dentro de la sociedad³⁸.

Así, desde esa vertiente de la seguridad jurídica, como ha destacado el Profesor Brewer-Carías, el principio de la confianza legítima reconocería las expectativas jurídicas fundadas, generadas por el comportamiento reiterado de los órganos y entes públicos dentro del respectivo ámbito de sus actuaciones³⁹ y de que "...continuarán

³⁷ En apreciación que no compartimos Karla Velasco Silva afirma que "*Aunque esta posición no ha sido acogida expresamente por el TSJ se desprende entre líneas del criterio emanado de Sala Constitucional que por tener carácter vinculante, debería extenderse al resto de los tribunales.*" (Velasco Silva, Karla. *La confianza legítima ante actuaciones de funcionarios de hecho*. Colección Textos Universitarios Ediciones del Vicerrectorado Académico Universidad del Zulia. Maracaibo, 2019, p. 108-109). Estimamos que únicamente aquellas decisiones en las que la Sala expresamente anuncia que la interpretación sobre el alcance o contenido de una norma o principio constitucional la está haciendo conforme a lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución, y cuya publicación en Gaceta Oficial es ordenada, son vinculantes.

³⁸ Velasco Silva, Karla. *La confianza legítima ante actuaciones de funcionarios de hecho*. Colección Textos Universitarios Ediciones del Vicerrectorado Académico Universidad del Zulia. Maracaibo 2019, p. 36.

³⁹ Desde esa perspectiva, se englobaría la aplicabilidad del principio en lo que atañe a la actuación administrativa (v.gr. conducta reiterada de la administración pública), a la actividad jurisdiccional (v.gr. conducta reiterada de los órganos de administración de justicia), e incluso a la actividad normativa (v.gr. los órganos a cargo de la emisión de actos normativos, cuya conducta reiterada puede enfocarse desde la omisión en la modificación frecuente de un determinado cuerpo normativo).

actuando de la misma manera, absteniéndose de modificar su comportamiento de manera irracional, brusca e intempestiva”⁴⁰.

En este sentido, de manera general, a partir del principio de seguridad jurídica “la confianza legítima plantea la noción de previsibilidad en el comportamiento y en la aplicación del derecho por los Poderes Públicos, lo cual, supone proporcionar un margen de certeza en la actuación del Estado”⁴¹.

En lo que atañe a la actuación del Estado, es decir, la conducta capaz de generar una expectativa fundamentada o legítimamente creada, la misma se manifestaría a través de usos, declaraciones, doctrina consolidada, actuaciones (en sentido amplio de la palabra) e –incluso– omisiones. Se trata de manifestaciones previas o anteriores, de las cuales es lógico deducir, esperar o confiar que derive una conducta determinada.

Ya hemos señalado con anterioridad nuestra apreciación respecto de la necesidad de que se lleve a cabo una interpretación amplia respecto de este aspecto, de manera que se incluyan la mayor cantidad de manifestaciones a través de las cuales el Estado se relaciona con los particulares; y en tal sentido, que a pesar de que las decisiones pronunciadas al respecto se hayan referido a algunas de ellas solamente, debido a la casuística presentada judicialmente, el espectro de las mismas lejos de cerrarse, se amplíe, para que sean incluidas todas aquellas manifestaciones susceptibles de poner de manifiesto una línea de actuación que los particulares, legítimamente, esperan que se mantenga de modo que las condiciones sean siempre las mismas.

Es precisamente este último aspecto otra de las notas características que de manera general ha puesto de relieve la jurisprudencia del Máximo Tribunal en relación con el principio de la confianza legítima de los particulares.

En efecto, nos referimos aquí a la necesidad de certeza que tienen los individuos de que una determinada conducta se mantenga, en virtud de la condición humana “...de “saber a qué atenerse” en cualquier clase de relaciones...”⁴², y por tanto, de que el Estado continúe comportándose de la misma manera que había venido haciéndolo, derivándose de una situación las consecuencias lógicas que son de esperarse, tomando en cuenta el tratamiento que puedan haber recibido –con anterioridad–, situaciones similares.

Sin embargo, ello no implica que ese comportamiento sea inmutable, y que no pueda cambiar. Los cambios se imponen incluso naturalmente, pero éstos tienen que ser hasta cierto punto predecibles, no pudiendo presentarse de manera imprevista, aplicándose de manera indiscriminada a situaciones nacidas con anterioridad.

En efecto, relacionándose con el principio constitucional de la no retroactividad, la protección de la confianza legítima comporta el reconocimiento de valor jurídico a las expectativas de los particulares nacidas de una creencia legítima; en virtud de lo cual, los cambios que se produzcan deberán contemplar un régimen transitorio y su aplicabilidad se limitará a situaciones futuras, no pudiendo violarse aquellos derechos que hayan sido adquiridos previamente.

⁴⁰ ABC Véase Brewer-Carías, Allan R. “Algunas Notas sobre el principio de la confianza legítima” en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/09/85.-doc-Notas-sobre-confianza-legitima-1.pdf>

⁴¹ Sentencia de la Sala Constitucional pronunciada el 15 de mayo de 2012 en el expediente N° 10-0277.

⁴² Coviello, Pedro José Jorge. *La Protección de la Confianza del Administrado*. Colección Derecho Administrativo, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 384.

Pero si bien se ha puesto de relieve la necesidad de respetar los derechos adquiridos, lo cierto es que el principio a que nos referimos se presenta también para proteger la expectativa, esa confianza que legítimamente tendrían los particulares de que el Estado se desenvuelva de una determinada manera, y no de otra. Y ello no necesariamente apareja –aunque puede aparejar– la existencia de derechos adquiridos, a menos de que se eleve esa expectativa a la categoría de derecho.

Por último, y en virtud de que por declaración constitucional Venezuela se constituye en un Estado de Derecho y de Justicia⁴³, imperando por tanto el principio de legalidad, la protección de la confianza legítima no podrá invocarse respecto de actuaciones llevadas a cabo al margen de la ley, o si su reconocimiento comporta una situación que se aparte del Derecho.

Sobre este particular se ha puesto de manifiesto la posibilidad de que exista una tensión entre ambos principios, pues en el entendido de que el fin primordial es la protección del interés general, este se vería igualmente afectado tanto si se beneficia la posición de un particular que hubiera actuado en la confianza de que el Estado hacía lo propio (cuando resultara que la actuación de éste último había sido al margen de la ley), afectándose –por tanto–, el interés general, como si se beneficia al Estado precisamente en virtud de ese interés general, premiándolo en definitiva por un comportamiento contrario a Derecho⁴⁴.

II. APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO EN LA AUSENCIA DEL ESTADO DE DERECHO

La configuración del Estado venezolano como un Estado “...de Derecho y de justicia...”⁴⁵ implica que encontremos dentro de sus fundamentos su sujeción a la ley y al Derecho, lo cual se manifiesta en la consagración de los principios de supremacía constitucional⁴⁶ y de legalidad⁴⁷, con los consecuentes sistemas de control de la constitucionalidad⁴⁸ y contencioso administrativo⁴⁹, para dar garantía a esos enunciados constitucionales. Por otra parte, comporta la declaratoria de la justicia como valor superior a la legalidad formal, cuya garantía se manifiesta a través de las normas que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia a través de un sistema conformado por tribunales independientes e imparciales⁵⁰.

En tal sentido, el Estado “...debe someterse a la Constitución y a las leyes que él mismo genera...”, pues es precisamente ello lo que da origen a la figura del Estado de

⁴³ Artículo 3 de la Constitución.

⁴⁴ Coviello, Pedro José Jorge. *La Protección de la Confianza del Administrado*. Colección Derecho Administrativo, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 392.

⁴⁵ Artículo 2 de la Constitución.

⁴⁶ Artículo 7 de la Constitución.

⁴⁷ Artículo 137 de la Constitución.

⁴⁸ Artículos 334 y 336 de la Constitución.

⁴⁹ Artículo 259 de la Constitución.

⁵⁰ Artículo 26 de la Constitución.

Derecho⁵¹. En este contexto, la ley y la justicia se manifiestan como expresión de la garantía de la seguridad jurídica, que se materializa no solamente en el marco de la existencia y observancia del ordenamiento jurídico positivo (ie. legalidad), sino también en la posibilidad de que ante una falla por parte de los órganos del Estado, exista un poder independiente que controle esas actuaciones erróneas (ie. justicia)⁵².

Lamentablemente, en el caso venezolano actualmente destaca una total dicotomía entre el régimen formalmente recogido en la Constitución y la realidad, en la cual no existe el Derecho: "...la Constitución dice una cosa pero lo que se aplica en las situaciones concretas es otra muy diferente. Los ejemplos sobran: la proclamada separación y la autonomía de los poderes ... ha pasado a ser una fantasía, totalmente divorciada de la realidad; las garantías de los derechos humanos son meras formalidades que no se aplican; el grupo gobernante actúa por las vías de hecho...".

En definitiva, se ha "...abandonado el ordenamiento jurídico vigente que ha sido sustituido por decisiones desvinculadas de las normas formalmente establecidas"⁵³.

De hecho la crisis política del país "...que estalló a partir de 1989 y que permitió el asalto al poder en 1999...", treinta años más tarde continúa con mayor ahínco, "...en medio de la más grande destrucción institucional que se haya producido en toda nuestra historia política...", donde no sólo la justicia sino también el Derecho y "...todos los valores del Estado de derecho y de la democracia han sido relegados con el mayor desprecio"⁵⁴. Absolutamente todas las instituciones del Estado, "...desde la cúspide de los poderes hasta los organismos administrativos que se relacionan con la vida cotidiana de las personas...", se han visto afectadas, imperando un sistema informal que se tiñe de arbitrariedades con demasiada frecuencia.

Dentro de este escenario, el Poder Judicial lejos de ser independiente se comporta como un brazo ejecutor de las políticas de gobierno, estando encabezada su vinculación con el Poder Ejecutivo por el Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, como nos recuerda el profesor Rachadell, como parte de la política instrumentada por el gobierno "...para terminar con la autonomía del máximo Tribunal...", a partir de 2002 la designación de los integrantes del más alto Tribunal de la República se hizo seleccionando a sujetos con una comprobada "filiación revolucionaria" para asegurar su fidelidad y, ultimadamente, la de la totalidad los jueces, quienes "...están subordinados a las decisiones de los magistrados del TSJ..." por el "...hecho de que carecen de estabilidad laboral...", pudiendo "...ser destituidos o sujetos a que sus actos de nombramiento sean

⁵¹ Rachadell, Manuel. *Evolución del Estado Venezolano, 1958-2015. De la conciliación de intereses al populismo autoritario*. Colección Estudios Políticos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 314-315.

⁵² Véase lo comentado por Coviello, Pedro José Jorge, *La Protección de la Confianza del Administrado*. Colección Derecho Administrativo, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 389.

⁵³ Rachadell, Manuel. *Evolución del Estado Venezolano, 1958-2015. De la conciliación de intereses al populismo autoritario*. Colección Estudios Políticos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015. p. 253

⁵⁴ Brewer-Carías, Allan R., "La demolición del Estado de Derecho en Venezuela. Reforma Constitucional y fraude a la Constitución", en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2009/06/602.-591.-LA-DEMOLICI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-EN-VENEZUELA.-REFORMA-CONSTITUCIONAL-Y-FRAUDE-A-LA-CONSTITUTI%C3%93.pdf>

dejados sin efecto, sin procedimiento alguno, en cualquier momento, por la Comisión Judicial que encabeza el presidente o presidenta del TSJ⁵⁵. El Poder Judicial está, entonces, al servicio de “la revolución”⁵⁶.

En particular, (pero no de manera exclusiva) la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha estado al servicio del autoritarismo, trastocando todo el sistema de justicia constitucional, “...asumiendo y auto-atribuyéndose competencias no previstas en la Constitución, no sólo en materia de interpretación constitucional, sino en relación con los poderes de revisión constitucional de cualquier sentencia dictada por cualquier tribunal, incluso por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; con los amplísimos poderes de avocamiento en cualquier causa; con los supuestos poderes de actuación de oficio no autorizados en la Constitución; con los poderes de solución de conflictos entre las Salas; con los poderes de control constitucional de las omisiones del Legislador; con la restricción del poder de los jueces de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes; y con la asunción del monopolio de interpretar los casos de prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos...”⁵⁷.

El Estado, en la práctica, no está sujeto al imperio de la ley. Por el contrario, ajusta la ley a sus designios de modo que, a su conveniencia y antojo, la cumple, la aplica, la ignora, la viola o la cambia. En tal sentido, cada vez con mayor frecuencia los ciudadanos se encuentran en situaciones en las cuales el Estado hace valer su poder a través de actuaciones que los vinculan y que, en ocasiones, no encuentran soporte jurídico, llegando a veces incluso a ubicarse al margen de la ley. La certeza ha sido reemplazada como política de Estado por la incertidumbre, de manera que no hay seguridad respecto de la aplicabilidad del ordenamiento jurídico positivo existente o de la interpretación previa que se haya hecho del mismo; de la estabilidad y similitud en el tratamiento de situaciones análogas; así como tampoco, ultimadamente, respecto de la posibilidad de exigir un comportamiento conforme a derecho, a través de los mecanismos de control judicial formalmente establecidos.

En este contexto, en el que la seguridad jurídica resulta –obviamente– inexistente, impera una total desconfianza, absolutamente legítima, por cierto. Paradójicamente, justamente en una situación como la que prevalece en Venezuela, el principio a que atañe el presente trabajo sería de utilidad como una vía para obtener una protección jurídica adecuada a las expectativas legítimamente creadas, cuando éstas fueran desconocidas.

⁵⁵ Rachadell, Manuel. *Evolución del Estado Venezolano, 1958-2015. De la conciliación de intereses al populismo autoritario*. Colección Estudios Políticos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 344-347.

⁵⁶ Así se titula el trabajo realizado por Antonio Canova, Luis Alfonso Herrera, Rosa Rodríguez y Giuseppe Graterol en 2014, y que es citado precisamente por Rachadell, Manuel. *Evolución del Estado Venezolano, 1958-2015. De la conciliación de intereses al populismo autoritario*. Colección Estudios Políticos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, p. 344-347.

⁵⁷ Brewer-Carías, Allan R., “La demolición del Estado de Derecho en Venezuela. Reforma Constitucional y fraude a la Constitución”, en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2009/06/602.-591.-LA-DEMOLICI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-EN-VENEZUELA.-REFORMA-CONSTITUCIONAL-Y-FRAUDE-A-LA-CONSTITUTI%C3%93.pdf>

A MANERA DE CONCLUSIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en sus diferentes Salas, ha venido refiriéndose al principio de confianza legítima, señalando su carácter rector de las relaciones existentes entre los individuos y el Estado, en los diferentes ámbitos de actuación del mismo.

Sin embargo, en estos momentos, la inexistencia de un Estado de Derecho en el país plantea el reconocimiento de dicho principio como un espejismo que forma parte de la dicotomía que se observa entre lo formalmente establecido en el ordenamiento jurídico positivo y la realidad de las cosas.

En este sentido, se percibe como una política de Estado la existencia de la más absoluta incertidumbre, generándose una total inseguridad jurídica al amparo de la cual difícilmente puede haber confianza alguna por parte de los ciudadanos respecto de la actuación del Estado.

32. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS AL INGRESO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO DE CARRERA Y SU INCUMPLIMIENTO

Jesús CABALLERO ORTIZ*

En el campo de la función pública, la Constitución de 1999 contiene importantes postulados destinados a la profesionalización del servidor público mediante normas que garantizan su permanencia en el ejercicio del cargo y, todo ello, a los fines de lograr una Administración Pública al servicio de los ciudadanos, fundamentada en principios de honestidad, celeridad, eficacia y transparencia, con sometimiento pleno a la ley. En otras palabras, como señala la Exposición de Motivos, el propósito fundamental en este campo fue la creación de una política de recursos humanos cónsona con los ideales de una gerencia pública moderna.

Sin embargo, la situación de la Administración Pública y sus servidores se presenta en la actualidad bastante distante de esos postulados que se enunciaron hace más de veinte años. Por ello, nuestro propósito consistirá en comentar las previsiones constitucionales referidas al tema y, lamentablemente, poner de manifiesto como esos postulados han quedado desvirtuados. Las disposiciones constitucionales no han servido para frenar su incumplimiento ni para erigir conductas cónsonas con los principios que de ellas se derivaban.

Dada la amplitud del tema nos vamos a referir a un solo aspecto del dilatado mundo de la función pública, pero de especial trascendencia: al ingreso del funcionario público, pues es desde esa perspectiva que se hubiese podido consolidar ese sistema ideal de gerencia pública que la Constitución perseguía. Es precisamente a través del cabal cumplimiento de las normas de ingreso –mecanismo de ingreso a través del concurso público– como pudo haberse creado un cuerpo de funcionarios a quienes le fuesen respetados sus derechos fundamentales a la estabilidad y al ascenso, es decir, la permanencia y profesionalización que se aspiraban.

I. INGRESO, VINCULACIÓN ESTATUTARIA Y RESERVA LEGAL

Ante todo, debemos referirnos a dos aspectos que son de la esencia del ingreso, su naturaleza estatutaria y su pertenencia a la reserva legal. Ello nos permitirá constatar desde ya el incumplimiento de principios constitucionales fundamentales.

* Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, Doctor en Ciencias, Mención Derecho de la UCV, Doctor en Derecho de la Université de Droit, D’Economie et des Sciences Sociales de Paris. Correo electrónico: jsscaballero110@gmail.com.

1. *Ingreso y vinculación estatutaria*

El ingreso, al igual que algunas otras materias que forman parte de la función pública, pertenece al campo de la relación estatutaria que vincula al funcionario público con la Administración Pública y de ella deriva la situación estatutaria en que dicho funcionario se encuentra. En este sentido la Constitución en su artículo 144 precisó que la ley establecerá el *Estatuto* de la función pública y a continuación mencionó algunos aspectos que por su especial relevancia necesariamente quedaban comprendidos en esa relación. En efecto, además del ingreso, aludió al ascenso, el traslado, la suspensión, el retiro y la incorporación a la seguridad social de los funcionarios de la Administración Pública¹.

La relación que vincula al funcionario con la Administración Pública es entonces estatutaria, es decir, reglamentada unilateralmente por el Estado por vía general e impersonal, lo que implica:

A.- El acceso a la función pública mediante un acto administrativo unilateral de nombramiento y no mediante un contrato y

B.- Que el funcionario no tiene derecho adquirido alguno al mantenimiento de una determinada regulación de sus condiciones de trabajo o a impedir su modificación. De esta forma, la concepción de la función pública se contrapone, en principio, a la relación laboral regulada por el Derecho del Trabajo².

Ahora bien –como se observa– la relación estatutaria antes descrita no comprende todas las situaciones de hecho en que pueda encontrarse el funcionario público, sino los aspectos específicamente señalados en la Constitución. De allí entonces que nos encontremos frente a un régimen estatutario que podemos calificar de predominante –las materias expresamente señaladas en la Constitución– ya que de acuerdo al artículo 96 del mismo Texto Fundamental todos los trabajadores del sector público tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo sin más requisitos que los que establezca la ley. En consecuencia, al combinar las materias que son objeto del régimen estatutario con aquellas que son el fruto de esa negociación, el resultado lógico consiste en que las materias distintas a las enunciadas principalmente en los artículos 144, 146 y 147 de la Constitución pueden ser objeto de negociación colectiva. Como conclusión de lo antes expuesto, el ingreso, al tratarse de una materia expresamente señalada como estatutaria, no puede ser objeto de contratación.

¹ Otras disposiciones constitucionales se refieren a la determinación de los funcionarios excluidos de la carrera administrativa (artículo 146); al régimen de jubilaciones y pensiones (artículo 147) y a los procedimientos relacionados con la situación del funcionario (numeral 32 del artículo 156) como materias que también forman parte de la relación estatutaria.

² La Constitución española en su artículo 103.3 establece: “La ley regulará el *estatuto* de los funcionarios públicos...”, disposición que es desarrollada por el Real Decreto Legislativo 5/2015 del 30 de octubre (Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) cuyo artículo 1 dispone que su objeto es establecer las bases del *régimen estatutario* de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación. En Francia la fórmula ha sido consagrada en forma expresa y con mucha claridad, pero por vía legislativa. Así, el artículo 4 de la Ley del 13 de julio de 1983 (relativa a los derechos y obligaciones de los funcionarios) prevé lo siguiente: “El funcionario se encuentra respecto a la Administración en una *situación estatutaria y reglamentaria*”. *Cursivas nuestras*.

2. *El ingreso y la reserva legal. El desacato por parte del órgano legislador*

El ingreso es además una materia que forma parte de la reserva legal, por mandato del mismo artículo 144 de la Constitución (“La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso...”), por lo que resulta imposible su delegación en el reglamento, ya que la deslegalización como técnica abstracta y general no es compatible con el principio de las materias reservadas a la ley³, pues la reserva legal lo es siempre de una materia determinada (en nuestro caso, el ingreso), de modo que una ley no puede utilizarse para contrariar a la Constitución que ha dispuesto tal reserva⁴. En efecto, y tal como lo ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional español en su sentencia del 2 de noviembre de 1989, no le es posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones al reglamento, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contraria a la norma constitucional objeto de la reserva⁵.

De acuerdo con lo expuesto, existe entonces una protección constitucional respecto a determinadas materias que sólo pueden ser desarrolladas mediante ley formal. No le es dado entonces al legislador remitir la materia al reglamentista so pena de incurrir en inconstitucionalidad.

Ello no significa, obviamente, que la reserva a la ley impida la colaboración del reglamento con la ley reguladora de la materia reservada, reglamento al que la ley puede remitir la normativa de detalle, complementaria o necesaria para la aplicación de sus mandatos. Antes por el contrario, en materia de función pública, y concretamente en la regulación del ingreso, esa colaboración reglamentaria es prácticamente obligada, pues la ley no podría regular con detalle los diversos aspectos que comprende el régimen del ingreso. Pero, claro está, en la materia reservada no caben remisiones en blanco al reglamento ni reenvíos indeterminados, genéricos o ambiguos que atribuyan a los titulares de la potestad reglamentaria una libertad completa o casi completa para la determinación de las condiciones de ingreso al empleo público⁶, tal como veremos, en una forma manifiestamente inconstitucional, ha ocurrido con algunas leyes en el ordenamiento jurídico positivo de nuestro país. En otras palabras, y como lo recuerda Rafael Entrena Cuesta siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional de su país, el establecimiento del principio de la reserva legal implica que el “estatuto de los funcionarios públicos” queda sustraído a la normación reglamentaria, salvo que el reglamento se limite a complementar o particularizar en aspectos instrumentales, y con la debida sujeción, la ordenación de la materia reservada. Por tanto, habrá de ser sólo la ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución⁷.

No obstante, como lo venimos de expresar, el principio de la reserva legal en las materias objeto de la vinculación estatutaria, y en particular en lo relativo al ingreso, ha

³ V. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Madrid, 2013, p. 307.

⁴ *Ibid.*, p. 308.

⁵ *Ibid.*, p. 308.

⁶ Así lo expresa en forma diáfana Sánchez Moró, Miguel n en *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2001, pp. 69 y 70.

⁷ V. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1/2, Madrid, 1998, p. 278.

sido transgredido en diversas oportunidades por la Asamblea Nacional y por el Ejecutivo (en ejercicio de potestades legislativas) al sustraer a funcionarios de determinados organismos del estatuto general y someterlos a un estatuto particular, pero no dictado por el legislador, sino por el órgano de dirección del mismo ente objeto de la regulación, lo que es obviamente inconstitucional al tipificarse una evidente deslegalización. Algo más grave aún es que ni siquiera se autoriza para proceder por la vía de los reglamentos ejecutivos, si no como hemos señalado, por reglamentos internos de los propios organismos.

Tenemos así entonces, a título meramente ejemplificativo, que la Ley de Transporte Terrestre del 31 de julio de 2008 prevé, como atribución del Directorio del Instituto Nacional de Transporte Terrestre, “Aprobar el estatuto de los funcionarios del Instituto”⁸; el decreto ley de Instituciones del Sector Bancario del 13 de noviembre de 2014 autoriza al Superintendente de Instituciones del Sector Bancario para dictar el estatuto funcional de ese instituto autónomo y en el cual deberá contemplarse todo lo relativo al ingreso y demás materias propias de la reserva legal⁹; en el mismo instrumento normativo se autoriza a la Junta Directiva del instituto autónomo Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios para, igualmente, dictar su estatuto funcional¹⁰; el decreto ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) del 30 de diciembre de 2015 autoriza a dicho servicio para establecer el “sistema de talento humano” que determinará, entre otras, las normas sobre ingreso¹¹ y el decreto ley del 30 de diciembre de 2015 que regula al Banco Central de Venezuela (“persona jurídica de derecho público...integrante del Poder Público Nacional” conforme al artículo 1) confiere potestades al directorio para dictar estatutos en materia de personal y en los cuales se establecerá el régimen de carrera de los funcionarios mediante normas, entre otras, de ingreso¹².

Como se observa, se trata de remisiones genéricas a un reglamento independiente de un determinado organismo cuyo mandato es el mismo que postula la Constitución como reservado a la ley, desprendiéndose de esa forma el legislador de su potestad normativa, sin disciplinar ni siquiera superficialmente las materias reservadas. El incumplimiento de un dispositivo constitucional por parte de la Asamblea Nacional, o por el Ejecutivo Nacional en ejercicio de potestades legislativas, es por tanto evidente.

Expuestas así someramente las dos características fundamentales del ingreso, así como los mecanismos de vulneración del principio de la reserva legal, nos referiremos ahora al requisito previo y necesario al ingreso: el concurso.

⁸ V. artículo 29, ordinal 4 en *Gaceta Oficial* N° 38.985 del 1 de agosto de 2008.

⁹ Artículos 159, ordinal 3 y 164 en *Gaceta Oficial* N° 40.557 del 8 de diciembre de 2014.

¹⁰ Artículos 109, ordinal 4 y 115 en la misma *Gaceta Oficial cit.*

¹¹ Artículos 3 y numeral 38 del artículo 4 en *Gaceta Oficial* N° 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.

¹² Artículo 28 en *Gaceta Oficial* N° 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.

II. EL CONCURSO COMO ÚNICA VÍA DE INGRESO A UN CARGO DE CARRERA

Efectivamente, como veremos, es el concurso la única vía de ingreso a un cargo de carrera.

1. *Presupuesto fundamental del ingreso. El concurso*

Además de los requisitos previstos en la ley para el ingreso de todos los funcionarios¹³, el único aparte del artículo 146 de la Constitución le ha conferido rango constitucional a los concursos al disponer que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia, disposición que es desarrollada por el artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública al considerar al concurso como el mecanismo de selección de personal que garantiza el ingreso de un aspirante a un cargo de carrera con base en sus aptitudes y competencias, mediante la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar el cargo, sin discriminaciones de ninguna índole.

La doctrina ha puesto de manifiesto las dos ventajas fundamentales de los concursos:

1.- Por una parte, asegura la igualdad de oportunidades a todos aquéllos que satisfacen las condiciones de acceso al cuerpo para el cual son candidatos.

2.- Por la otra, constituye el mecanismo para satisfacer de la mejor manera la preocupación de seleccionar a los más capaces en relación a las funciones a ejercer. En otras palabras, que el mérito y la aptitud sean los únicos títulos que permitan el acceso a la función pública¹⁴.

En el mismo sentido, en nuestro país, tanto el constituyente como el legislador, han puesto de relieve la debida importancia que merece el concurso. El primero lo erigió en la única vía de acceso a la función pública para un funcionario de carrera y el segundo dispuso que serán absolutamente nulos los actos de nombramiento de los funcionarios de carrera cuando no se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso¹⁵.

Obsérvese entonces como, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos –el cual prevé la nulidad absoluta de los actos administrativos cuando así se encuentre expresamente determinado en una norma constitucional o legal– el único aparte del artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública ha venido a añadir un nuevo caso de nulidad absoluta: el de los actos administrativos de nombramiento de funcionarios públicos de carrera

¹³ Artículo 17 de la Ley del Estatuto de la Función Pública: ser venezolano, mayor de edad, tener título de educación media diversificada, no estar sujeto a interdicción civil o inhabilitación política y presentar declaración jurada de bienes, entre otros.

¹⁴ V. Chapus, Rene. *Droit Administratif Général*, T. 2, Paris, 2000, pp. 159 y 160.

¹⁵ Tal como certeramente lo advirtió Fernández, Antonio de Pedro. “La norma es tajante, no deja margen de maniobra alguna para eludirla. Requerirá no sólo de voluntad política para llevarla a cabo, sino también de capacidad técnica suficiente para instrumentarla”. V. *Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública*, Caracas, 2003, p. 49.

cuando dicho nombramiento no se encuentre precedido del correspondiente concurso público. En este sentido la ley no ha hecho otra cosa que desarrollar el mandato contenido en el artículo 146 *in fine* de la Constitución conforme al cual “El ingreso de los funcionarios públicos...a los cargos de carrera será por concurso público...”.

El cambio es por tanto radical respecto al régimen derogado, pues en la Ley de Carrera Administrativa se preveía la figura de los funcionarios provisionales respecto a los cuales, transcurridos seis meses, se transformaban en verdaderos titulares del cargo de carrera sin la celebración del concurso¹⁶.

En el régimen actual no existe entonces funcionario de carrera y, por tanto, estabilidad, si el funcionario no ha ingresado por concurso público. No existe tampoco algún tipo de asimilación de un trabajador público a la condición de funcionario de carrera por el solo transcurso del tiempo en el servicio, como ocurrió también en el pasado con la asimilación de los llamados funcionarios de hecho con los funcionarios de carrera.

Ahora bien, si con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución se formulaban críticas por la ausencia de celebración de los concursos públicos¹⁷ el problema reviste mayor gravedad en la actualidad, cuando la ausencia de concursos constituye prácticamente un hecho notorio, por lo que las disposiciones constitucionales y legales antes citadas han pasado a constituir letra muerta, insusceptibles de transformar las conductas dentro de la función pública. Para el ingreso del trabajador público se recurre generalmente al contrato. Pero, como veremos, acatando los mandatos legales, tal figura nunca permitirá la adquisición de la condición de funcionario de carrera.

2. *Consecuencias del ingreso por concurso*

Una vez superado el concurso público y si la evaluación durante el período de prueba es satisfactoria¹⁸, el aspirante adquiere la condición de funcionario público de carrera con las importantes consecuencias que ello trae consigo: Fundamentalmente, la estabilidad en el cargo y el derecho al ascenso¹⁹. Antes de referirnos a ambos derechos, y por su estrecha vinculación con la estabilidad, debemos previamente retener nuestra atención en la norma constitucional que consagra la presunción conforme a la cual un cargo es de carrera.

¹⁶ V. Kiriakidis L. Jorge C., “Del ingreso a la función pública en la Ley del Estatuto de la Función Pública” en *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*, T. II, Homenaje a la doctora Hildgard Rondón de Sansó, Caracas, 2003, p. 137.

¹⁷ Serias críticas formulaba Armida Quintana Matos respecto a la no instrumentación de los concursos en la legislación derogada y a la tendencia de la Administración Pública a recurrir al nombramiento provisional, el cual requería de un período de prueba dentro de un lapso de seis meses que generalmente no se cumplía y el funcionario ingresaba irregularmente a la carrera. V. “La carrera administrativa” en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, T. III, UCV, Caracas, 1979, pp. 1467 y 1468.

¹⁸ Al período de prueba se refiere el artículo 43 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Tal período no puede durar más de tres meses.

¹⁹ Para el disfrute de los derechos mencionados es necesario que el funcionario de carrera ocupe un cargo de carrera. V. artículos 30 y 31 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

A. *El cargo de carrera como regla*

En su artículo 146 la Constitución estableció, como regla, que los cargos de la Administración Pública son de carrera y, como excepción, los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros. Obviamente, la disposición se encuentra erróneamente formulada ya que ni los contratados ni los obreros ocupan cargos dentro de la Administración Pública, por lo que no pueden quedar comprendidos dentro de la caracterización de cargos exceptuados de la carrera²⁰, pues se trata más bien de sujetos exceptuados de la aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Sin embargo, no por ello la norma deja de tener importancia ya que cualquier otro tipo de categoría de cargos exceptuados distintos a los de elección popular y los de libre nombramiento y remoción debe encontrarse prevista en la ley. En efecto, el citado artículo 146 de la Constitución, luego de mencionar dos tipos de cargos exceptuados de la carrera, expresamente añadió: "...y los demás que determine la Ley", reservando así a ésta la determinación de otros cargos.

De este modo, al constituir el cargo de carrera la regla, se amplió el ámbito del funcionariado de carrera, lo que debió redundar en una mayor profesionalización de la función pública. Además, la reserva a la ley del señalamiento de los cargos exceptuados de la carrera constituyó una importante innovación, ya que resultaba absolutamente incongruente que el propio Poder Ejecutivo, por la vía reglamentaria, pudiese ampliar el ámbito del funcionariado de libre nombramiento y remoción, como ocurrió con la legislación derogada. Sobre todo, si se toma en consideración que esta última categoría de funcionarios no goza de estabilidad, derecho reservado para los funcionarios de carrera que ocupan cargos de esa naturaleza²¹.

En este orden de ideas, la Ley del Estatuto de la Función Pública amplió la categoría de funcionarios de carrera al incluir también a los jefes de división, quienes formaban parte del personal de libre nombramiento y remoción de acuerdo a la normativa derogada²². Así, al mantener la clasificación de los funcionarios públicos en funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción, la Ley del Estatuto de la Función Pública define a los primeros como aquellos que habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y previo nombramiento, presten servicios remunerado y con carácter permanente²³.

Como se observa, algunos elementos de esa definición cubren igualmente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, como lo son el nombramiento y el carácter remunerado y permanente de los servicios. Lo que debió destacarse era, por lo tanto, sólo el ingreso por concurso público y el período de prueba.

²⁰ Se pueden considerar incluidos dentro del concepto genérico de servidores de la Administración Pública. Los obreros se encuentran expresamente excluidos de la aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública de conformidad con el numeral 6 del artículo 1 de dicha Ley. Obreros y contratados se rigen por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Sobre el particular pueden verse los comentarios de Kiriakidis L. Jorge C., "Del ingreso a la función pública en la Ley del Estatuto de la Función Pública" en *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*, T. II, Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó, Caracas, 2003, p. 130.

²¹ V. artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

²² Ya no se incluyen los jefes de división dentro de la categoría de funcionarios de libre nombramiento y remoción que ocupan cargos de alto nivel. V. artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

²³ V. primer aparte del artículo 19 *ibidem*.

Por su parte, los funcionarios de libre nombramiento y remoción son definidos por la ley como aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas legalmente²⁴. Tal categoría de funcionarios, a su vez, puede ocupar cargos de alto nivel o de confianza. Los cargos de alto nivel se encuentran enunciados en el artículo 20 de la Ley y van, en grado descendente, desde el Vicepresidente Ejecutivo hasta el director de un ministerio o de un instituto autónomo²⁵. Debe insistirse entonces, por lo que respecta a estos cargos, en el paso de avance logrado con respecto a la permanencia del funcionario público, al haber incorporado a los jefes de división dentro de la categoría de funcionarios de carrera.

En fin, los cargos de confianza son aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública y aquellos cuyas funciones comprenden principalmente actividades de seguridad del Estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras²⁶. En virtud de tratarse de cargos exceptuados de la carrera, era necesario que quedasen expresamente mencionados en el texto mismo de la ley, en cumplimiento de lo previsto en el tantas veces mencionado artículo 146 de la Constitución.

B. *La estabilidad en el cargo*

El derecho fundamental del funcionario de carrera quizá sea la estabilidad en el cargo. Con razón José Araujo-Juárez la califica de columna vertebral de la función pública, ya que no puede concebirse una Administración Pública debidamente estructurada, coherente y tecnificada sin la estabilidad de sus funcionarios públicos²⁷.

El artículo 93 de la Constitución establece que la ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido injustificado. Igualmente precisa que los despidos contrarios a la Constitución son nulos. Al respecto creemos que dicha disposición resulta inaplicable a los funcionarios públicos, en virtud de que en el ámbito de la función pública la figura del despido es inexistente. Además, el instituto de la estabilidad en dicho ámbito tiene un origen muy preciso: deriva del ingreso del funcionario por concurso, institución ésta que es ajena al Derecho del Trabajo en el cual se encuentra consagrada la figura del despido a la cual alude el citado artículo 93 de la Constitución²⁸.

De acuerdo con lo expuesto, la estabilidad de la cual gozan los funcionarios públicos de carrera carece de rango constitucional y pertenece al campo de la ley, la cual ha consagrado en forma precisa el derecho. En efecto, el artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establece que los funcionarios públicos de carrera que ocupen cargos de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, solo podrán ser retirados del servicio por las causales contempladas en la ley.

²⁴ V. segundo aparte del artículo 19 *ibidem*.

²⁵ Con prescindencia del orden jerárquico expuesto, la ley menciona algunas otras categorías de cargos como los registradores y notarios públicos.

²⁶ V. artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

²⁷ Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo*, Parte General, Caracas 2008, p. 708.

²⁸ V. Caballero Ortiz, Jesús. "¿La referencia constitucional al trabajador es extensible a la noción de funcionario público?" en *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social: Normas laborales, Decisiones Judiciales y Estudios*, Caracas, 2006, p. 283.

C. *El ascenso*

El complemento del ingreso por concurso lo constituye el ascenso, ya que es éste el que va a determinar la permanencia del funcionario de carrera mediante su designación para una clase de cargo de grado superior y, todo ello, en base a sus méritos profesionales. El artículo 146 de la Constitución precisa que el ascenso estará sometido a métodos científicos, basados en el sistema de méritos, confiriéndole así rango constitucional a este importante mecanismo de profesionalización de la carrera.

Por su parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública desarrolla la norma constitucional al establecer que el sistema de méritos debe contemplar la trayectoria y conocimientos del funcionario²⁹. Un soporte de gran importancia para el ascenso lo constituyen las evaluaciones del desempeño a las cuales se refieren los artículos 57 al 62 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. La evaluación objetiva de la gestión del funcionario permite que el ascenso se encuentre vinculado a su eficiencia, disciplina, conocimientos y habilidades.

III. EL CONCURSO, LA CARRERA Y LA ESTABILIDAD. EL DESACATO POR PARTE DEL EJECUTIVO

Como hemos visto, el concurso implica una escogencia objetiva, en base a parámetros determinados. A su vez, el concurso trae consigo la estabilidad del funcionario de carrera en el ejercicio de sus funciones públicas. Esa estabilidad, que supone un procedimiento disciplinario en el que el derecho a la defensa del funcionario juega un papel fundamental, impide que el funcionario pueda ser destituido si la causal que se le imputa no queda debidamente probada por parte de la Administración Pública.

Pues bien, el mecanismo del concurso impide —obviamente— la libre escogencia del servidor público, y la estabilidad de la cual goza impide igualmente su libre remoción. Resulta entonces que, como lo querido en algunos organismos era precisamente remover los obstáculos constitucionales y legales que impedían esa libre escogencia y esa libre remoción, se tipificó entonces por parte del jerarca una conducta contraria a los propósitos perseguidos legalmente y se optó por el camino fácil del incumplimiento de lo acertadamente establecido. La vía escogida fue la contratación del personal, sin tomar en cuenta que tal proceder era absolutamente lesivo a los postulados que fundamentaron el sistema y que, con ello, se destruían los pilares fundamentales de un sistema de administración de personal que, si bien estaba lejos de la perfección, se acercaba bastante a los modelos europeos bajo cuya influencia fue diseñado.

1. *La situación de hecho*

La degradación progresiva de los principios fundamentales del régimen del ingreso en sus dos aspectos más relevantes, concurso público y mecanismos de ascenso ha tenido su origen en la inexistencia de una voluntad política destinada a crear un verdadero cuerpo de profesionales al servicio de la Administración Pública. Efectivamente, al recurrirse a la vía del contrato, el sistema se aleja de manera radical de los principios que lo sustentan y a los cuales hemos hecho referencia con anterioridad.

²⁹ Artículo 45 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Pero, además, la inexistencia de esa voluntad política ha traído consigo, a su vez, la ausencia de incentivos, tanto de carácter económico como social, que hubiesen permitido la permanencia del funcionario. De allí que no se hayan dado las condiciones necesarias para que el funcionario se sienta un profesional de la Administración Pública. En efecto, el contrato a tiempo determinado, al cual vamos a referirnos a continuación, es absolutamente incompatible con la permanencia deseada.

2. *La contratación de personal como mecanismo incompatible con el sistema de ingreso*

La contratación de personal constituye un mecanismo decididamente opuesto a las normas que regulan el ingreso. Puede decirse que se encuentra a las antípodas de lo que debe ser un elemental sistema de personal, por lo que no puede erigirse en un modelo sustitutivo del claramente establecido en la Constitución.

En primer lugar, la contratación elude la celebración del concurso público, lo que impedirá la escogencia de los más capacitados, con mayor preparación técnica y profesional, pues no será obligatorio para el ingreso el dictamen de un jurado respecto de la idoneidad y eficiencia del aspirante.

En segundo lugar, la contratación obra en contra de la permanencia del funcionario, pues su duración es a tiempo determinado.

En fin, la contratación soslaya todo el régimen de ascensos, pues este tiene lugar entre categorías de cargos y el mecanismo contractual no implica el ejercicio de funciones públicas; por ello, a partir de un contrato no es posible el ascenso. Un contratado –sencillamente– no puede ascender.

3. *El contratado y las prohibiciones legales*

Bajo los señalamientos de la Exposición de Motivos de la Constitución conforme a los cuales no se podrá acceder a la carrera administrativa mediante designaciones o contrataciones que obvien el concurso como mecanismo de selección objetivo, y a la luz del mismo artículo 146 del referido Texto Fundamental –el ingreso de la funcionarios a los cargos de carrera será por concurso público– la Ley del Estatuto de la Función Pública ha delimitado el papel que juega el contrato de trabajo dentro del actual sistema de personal en nuestro país: Solo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado, para realizar tareas específicas y por tiempo determinado³⁰.

De este modo, el contrato de trabajo queda reducido a márgenes bien estrechos, pues para su celebración deben darse esas tres condiciones –insistimos– debe tratarse de un personal altamente calificado; el objeto del contrato debe consistir en tareas concretas, bien determinadas y, por último, debe siempre celebrarse a tiempo determinado, conforme a la reglamentación establecida para este tipo de contratos en la legislación laboral³¹.

³⁰ Artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, encabezamiento.

³¹ V. artículo 62 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Para dejar aún más clara la situación del contratado, y su especial vinculación con la Administración Pública, la ley prohibió la contratación de personal para realizar funciones que corresponden a los cargos públicos³². En fin, precisó además que en ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública³³.

De acuerdo con lo expuesto, al sustituir a los funcionarios por contratados, para realizar las funciones que corresponden a aquellos, es evidente que la Administración Pública se está colocando al margen de la ley, produciéndose de ese modo el deterioro del sistema instrumentado. Además, no puede dejar de apuntarse que nos encontramos frente a contratos cuyo objeto es ilícito³⁴ y pueden por tanto ser considerados nulos. Efectivamente, el objeto de tales contratos versa sobre conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, violatorias lo preceptuado de modo imperativo por tal ordenamiento³⁵. Al respecto, no deja margen de dudas la prohibición legal expresa de contratar personal para realizar funciones que corresponden a los cargos públicos³⁶.

CONCLUSIÓN

En un artículo que publicáramos en el año 2001³⁷ poníamos de manifiesto los avances que se habían operado en el régimen de la función pública al haber entrado en vigencia la Constitución de 1999. Las normas en ella contenidas eran favorables al ingreso a la carrera administrativa en atención a los méritos profesionales de los aspirantes, mediante concursos públicos que permitieran esa escogencia. Además, la previsión conforme a la cual los cargos se reputaban –por regla general– como de carrera, era propiciaba a la creación y desarrollo de un cuerpo de profesionales al servicio de la Administración Pública.

Tales disposiciones, puede decirse, constituyeron un marco teórico que tuvo en la práctica muy poca aplicación. La voluntad del Estado se centró en otros aspectos, muy alejados de una verdadera preocupación por hacer realidad esas disposiciones.

³² Único aparte del artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

³³ Artículo 39 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

³⁴ Es condición requerida para la existencia del contrato, además del consentimiento y la causa, el *objeto* que pueda ser materia de contrato (ordinal 2 del artículo 1141 del Código Civil) y ese objeto debe ser lícito (artículo 1155 *ejusdem*).

³⁵ Sobre la ilicitud del objeto puede verse Melich Orsini, José, *Doctrina General del Contrato*, Caracas, 1985, p. 238.

³⁶ Único aparte del artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

³⁷ “Bases constitucionales del derecho de la función pública” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 5, julio-diciembre 2001, Caracas, pp. 21 y ss.

33. LOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Gregorio MONTERO *

Resumen: La profesionalización de la función pública enfrenta nuevos desafíos relacionados con las situaciones de crisis que se viven y la necesidad de fortalecer las instituciones estatales; en ese orden, resulta perentorio que se entienda el rol, e incorporen debidamente al diseño y aplicación de las normas y procesos del empleo público, de aquellos principios que son a todas luces determinantes para garantizar la igualdad de acceso a los cargos públicos, el mérito de los trabajadores, sus derechos e intereses legítimos, así como los derechos e intereses de las personas que se relacionan con la Administración Pública. De la misma manera, es importante abordar de forma combinada los elementos jurídicos, científicos y técnicos que inciden en la gestión de los recursos humanos estatales.

Palabras claves: Función Pública, Principios de Profesionalización, Mérito, Carrera Administrativa, Subsistemas de Gestión de Personal.

Abstract: The professionalization of the public function faces new challenges related to the crisis situations that are experienced and the need to strengthen state institutions; In that order, it is imperative that the role be understood, and duly incorporated into the design and application of the rules and processes of public employment, of those principles that are clearly decisive to guarantee equal access to public office, the merit of the workers, their rights and legitimate interests, as well as the rights and interests of the people who are related to the Public Administration. In the same way, it is important to address in a combined way the legal, scientific and technical elements that affect the management of state human resources

Key words: Public Function, Principles of Professionalization, Merit, Administrative Career, Personnel Management Subsystems.

I. INTRODUCCIÓN

A los juristas les resulta bastante claro el rol que juegan los principios para el origen, desarrollo y consagración de todo régimen de derecho u ordenamiento jurídico; ellos constituyen la fuente de donde emana la razón y la sustancia de las normas positivas, dan sentido a las leyes, aportan las ideas fundamentales para su efectivo diseño, interpretación, aplicación y juzgamiento.

* Catedrático de Postgrado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), Santo Domingo, República Dominicana. Abogado y Politólogo, con Maestría en Administración y Políticas Públicas, ha publicado varias obras, fue Secretario General del CLAD, ex Director de Carrera Administrativa y ex Viceministro de la Función Pública; en la actualidad es miembro del Comité de Expertos en Administración Pública de la ONU; es consultor especialista en Administración Pública y Derecho Administrativo. Correo electrónico: gregoriomontero@gmail.com.

Sin duda, tienen una determinación filosófica que orienta y subordina los sistemas jurídicos nacionales e institucionales, incluso internacionales.

Se reconoce la existencia de principios generales del derecho, así como principios específicos que sustentan y son aplicables a las distintas ramas. Aquí resultan sumamente importantes los principios particulares del Derecho Administrativo que, como rama del Derecho Público, asume también los principios que orientan la organización y funcionamiento de la Administración Pública, como catalizadora del fin último del Estado, el bienestar social o bien común.

Al tenor de lo afirmado, dentro de los principios del Derecho Administrativo se encuentran unos que son especialísimos de la función pública, los cuales orientan los procesos jurídicos y técnicos de la gestión del empleo público, de la profesionalización y la meritocracia, y acompañan a las autoridades públicas en la toma de decisiones, las que en esta materia resultan altamente complejas y comprometedoras.

Dichos principios contribuyen no solo a una buena gestión, sino también a poner límites a la amplia discrecionalidad que históricamente han exhibido las autoridades estatales en materia de gestión pública.

Este ensayo tiene como objetivo principal desarrollar los principios que sustentan en la actualidad la función pública, tomando en cuenta el contexto que nos presentan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la situación de crisis de gestión de servicios públicos y trámites, especialmente sanitarios, generada por la pandemia que ha ocasionado el COVID-19.

El trabajo se enfoca además en la tesis de que para entender a plenitud la importancia de los principios de la función pública es preciso conocer los fundamentos de la Administración Pública y el rol que juega el Derecho Administrativo para la consolidación de la institucionalidad del Estado; la relación del Derecho Administrativo con el régimen jurídico de los servidores públicos es indisoluble y determinante de la efectiva prestación de los servicios públicos y de la buena conducción de los procesos administrativos.

Se aborda también la conexión existente entre los principios de la función pública y los subsistemas de gestión de personal, pretendiendo evidenciar la necesaria combinación que debe producirse entre elementos jurídicos y técnicos, cuestión que tiene que ser asumida por juristas, administrativistas, jus-administrativistas y por abogados y jueces; se reflexiona además sobre la importancia de manejar las dimensiones teóricas y prácticas del tema.

II. DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUNCIÓN PÚBLICA

El Derecho Administrativo es una rama en construcción permanente, esto es debido, principalmente, al dinamismo y a los constantes cambios que experimentan el Estado y la Administración Pública; en el siglo XXI estos cambios se tornan mucho más raudos y se expresan con mayor fuerza, por lo que la calidad regulatoria y la adaptación permanente de las normas a los nuevos contextos hacen parte de las características más notorias del Derecho Administrativo, como fiel expresión de la concreción del Estado de Derecho.

De la misma manera, influyen las particularidades jurídicas y tradiciones administrativas y políticas de los distintos países; es así que la diferencia de criterios entre los tratadistas identifica, complejiza y enriquece los debates que se producen en torno a este importante entramado jurídico, independientemente de que los fundamentos filosóficos, la lógica jurídica, los basamentos conceptuales centrales, los principios, los objetivos, las técnicas de desarrollo, etc., tienen una raíz común.

No existe discusión en torno a que el Derecho Administrativo, como rama del Derecho Público, debe ser capaz de interpretar de forma correcta y articular como norma los acontecimientos sociales que se van tejiendo respecto de la Administración Pública, por ello su principal desafío en el siglo que vivimos es colocar al ciudadano como el centro de atención de su regulación y procurar el control de poder político. Hoy la naturaleza vicarial de la Administración Pública aparece redimensionada debido a la determinación de las personas para involucrarse en los asuntos de la gestión pública; en consecuencia, el Derecho Administrativo no tiene más opción que responder a esta situación de forma eficaz.

El Derecho de la Función Pública, como ramificación del Derecho Administrativo, sufre también estas mutaciones constantes, en la medida en que los fundamentos del empleo público, amplio y diverso se van configurando y reconfigurando, de ahí que los conceptos, políticas, principios, sistemas y procedimientos que soportan esta rama están en permanente en revisión y actualización. “La relación jurídica que une al empleado público con la Administración ha variado profundamente a lo largo del tiempo. Es natural que así sea, pues responde inevitablemente a la idea que en cada momento se tiene del Estado o del poder público, de las funciones que se atribuyen a las Administraciones Públicas, de sus relaciones con la sociedad...” (Sánchez Morón, 2008, 24).

El CLAD plantea “La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general” (CIFP, 2003).

El Derecho de la Función Pública hace acopio de los ejes que conforman y rigen el servicio civil y la carrera administrativa, en tanto base de la profesionalización de los trabajadores del Estado, que tiende a dignificar el empleo público como un medio para satisfacer de forma oportuna los derechos y necesidades de los ciudadanos y ciudadanas. En este sentido, debe contener el desarrollo normativo que garantice la debida aplicación de los principios y los subsistemas técnicos de gestión de personal en el sector público, procurando la necesaria combinación entre derecho y técnica, una de las características centrales del Derecho Administrativo.

En resumen, el Derecho de la Función Pública “*Es la parte del derecho Administrativo que regula las relaciones laborales en el sector público, a partir de las normas, derechos, deberes y procedimientos aplicables a los servidores públicos.*” (Gregorio, 2015, 161).

III. DIMENSIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS DE LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

La gestión de los recursos humanos de la Administración Pública debe producirse combinando de forma efectiva los aportes de las ciencias jurídicas y las ciencias administrativas, aplicadas de forma concreta al sector público; de la misma manera hay que aprovechar las contribuciones que hacen otras disciplinas de gran trascendencia para abordar y entender los procesos públicos como las ciencias políticas, la economía, la sociología, la psicología, la ingeniería industrial, las tecnologías de la información, entre otras.

Es preciso tener siempre presente que no existen organizaciones, instituciones, sin personas, cada vez más estas gozan de un valor estratégico y de una preeminencia que tiene que ser reconocida por los gestores públicos; el personal representa la voluntad humana, la que a su vez es el motor que hace que la estructura organizativa de los órganos y entes estatales se mueva, en dirección correcta o incorrecta. Por todo esto hay que procurar que los sistemas de gestión respondan a los requerimientos sociales, jurídicos, políticos, técnicos y del desarrollo sostenible.

“Entre los numerosos trabajos que se han ocupado en los últimos años de interpretar los cambios sociales, intentando vislumbrar el futuro de las sociedades y de sus organizaciones, sería difícil encontrar alguno que no haya destacado el valor del factor humano” (Longo, 2004, 25).

En la profesionalización de la función pública se encuentra el aspecto de gestión donde mejor se expresan y combinan las teorías, principios y normas universales que ha parido la administración científica en todo su proceso evolutivo, pues hay que entender que no existe una tarea más desafiante que la gestión del talento humano en el Estado. Es aquí donde más se exige asumir la administración como ciencia, técnica y arte a la vez, en procura de dar respuestas atinadas a los múltiples y disímiles problemas de gestión que se presentan, para los cuales el derecho y la ciencia no alcanzan.

Teoría y práctica son el signo de identidad de la profesionalización de la función pública, la complementación oportuna de estas dos dimensiones es la garantía del éxito en la gestión; la ciencia hace sus aportes, el derecho también los suyos, pero resulta determinante el rol que deben jugar a diario los técnicos de los órganos y entes estatales en el despliegue de las metodologías y herramientas de gestión de personal.

Es en este orden que se reconocen y se desarrollan subsistemas de gestión que se amplían, diversifican y perfeccionan con el paso del tiempo.

Planificación de Personal. No es posible gestionar oportunamente si no se hacen cálculos cuantitativos y cualitativos que permitan proyectar y predecir a corto, mediano y largo plazo, con enfoque de prospectiva¹ incluido, las diversas situaciones administrativas que se pueden presentar en materia de recursos humanos; la planificación de re-

¹ Con los estragos que ha ocasionado la pandemia que se deriva del COVID-19, la que genera una terrible situación de crisis en los planos sanitario, económico y social, ha quedado evidenciado que las instituciones estatales deben ser capaces de simular escenarios futuros que permitan prevenir crisis y proyectar en el tiempo métodos que ayuden a mitigar y enfrentar con éxito sus efectos, tratando de evitar que las instituciones públicas queden anuladas en momentos en que la sociedad más necesita de ellas.

recursos humanos es la síntesis de un sistema integrado de la política y gestión de personal que procura dotación pertinente de talento humano, coherencia de las herramientas de gestión, priorización de las acciones.

La planificación, que es rehusada con facilidad por ciertos administradores públicos, pues todo indica que se sienten más cómodos con la improvisación, es una formidable herramienta de gestión humana que contribuye a alinear los recursos disponibles con necesidad, prioridad, objetivos, acciones y metas, con miras a cumplir los fines institucionales y a responder de forma eficaz a las demandas ciudadanas.

Organización del Empleo Público. La profesionalización debe iniciar su concreción por medio de una adecuada organización del empleo público, sobre la base de la oportuna descripción y clasificación de los cargos que hacen parte de la planilla de un determinado órgano o ente público, siempre en coherencia con estructuras organizativas debidamente diseñadas. No debe quedar duda en relación con la especificación de los requisitos y perfiles de idoneidad, formación, conocimientos y competencias² exigibles para ocupar cada cargo, así como las tareas asignadas y los niveles de responsabilidad.

Se trata básicamente de un proceso de determinación de perfiles específicos que tiene sin duda una determinación técnica que resulta incuestionable, y que conduce a la formalización y estandarización de la conducta de los ocupantes de los puestos públicos; pero también es preciso reconocer que requiere de una fundamentación jurídica imprescindible, toda vez que condiciona el régimen de empleo público, el cual tiene un vínculo indisoluble con los derechos fundamentales, los derechos laborales y los sistemas de servicios públicos.

Reclutamiento y Selección. También se deben establecer los procedimientos para comparar las características de los aspirantes a ocupar cargos públicos con los perfiles descritos para dichos cargos, esto, por medio de los mecanismos de reclutamiento y selección, que hacen posible motivar y atraer para la Administración Pública a los mejores técnicos y profesionales disponibles en el mercado laboral, como forma de potenciar la capacidad de gestión del Estado. Es preciso que las instituciones gubernamentales se den la oportunidad de seleccionar personal capaz y honesto, lo que solo es posible si se ofrecen las garantías jurídicas y técnicas propias de los sistemas de mérito que tienen lugar en la actualidad.

Sistema de Remuneración. De la misma manera, el diseño de una política salarial y de incentivos, en el marco de un sistema de remuneración, resulta crucial para hacer atractiva las instituciones públicas y cumplir con los principios universales del trabajo; deben ponerse en práctica criterios que aseguren objetividad, equidad, reconocimiento, coherencia y sostenibilidad en la asignación de las retribuciones de los empleados.

Dicha política salarial debe blindarse contra la excesiva discrecionalidad de las autoridades públicas, ella debe auto administrarse, atendiendo a indicadores económicos y

² Uno de los esfuerzos que se desarrollan en la actualidad está dirigido a introducir el concepto y la práctica de la gestión por competencias en el sector público; las competencias laborales referencia a aquellas habilidades y destrezas, duras y blandas, que deben ser desarrolladas por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, con miras a elevar los niveles de eficiencia y la capacidad de respuesta. En este sentido, el ordenamiento jurídico moderno ha venido trazando algunas pautas importantes.

de desempeño, tales como PIB, niveles de inflación, canasta familiar básica, resultados de evaluación individual y personal, comportamientos, creación de valor público, entre otros. En síntesis, el sistema remunerativo, además de contener una estructura salarial y de incentivos apropiada, debe constituir un efectivo instrumento de gestión capaz de motivar y reconocer los méritos, los aportes, los resultados y la entrega de los trabajadores por el servicio público, y que a la vez sea sostenible financieramente.

Evaluación del Desempeño. Una cuestión central, que dimana de ciertos principios centrales de la Administración Pública, tiene que ver con la gestión del rendimiento de las organizaciones y los trabajadores públicos, siempre vinculado a su potencial; “lo que no se evalúa no se controla ni se mejora”, se ha dicho; de ahí que una forma de concretar principios como transparencia, rendición de cuentas y eficiencia es midiendo los resultados obtenidos y aportados por los servidores públicos. Los sistemas de evaluación del rendimiento jamás deben ser asumidos como mecanismos de persecución y retaliación, como ha ocurrido y ocurre en muchos casos, esa es una visión anti técnica y altamente dañina para el buen funcionamiento de las instituciones públicas.

En la actualidad, el gran desafío de este subsistema radica en que las metodologías de evaluación y medición sean cada vez más objetivas y racionales, vinculadas con la estrategia de desarrollo y los planes estratégicos institucionales, y, ambos, en coherencia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la Agenda 2030³, por lo que debe fundamentarse en convenios o acuerdos de desempeño que contengan los compromisos de los trabajadores, los resultados esperados y los indicadores de desempeño, de cumplimiento y de impacto.

La evaluación solo aporta si se asume como un instrumento para la mejora continua, pues permite conocer las fortalezas, debilidades o áreas de mejora y las potencialidades de los servidores públicos, lo que prepara al supervisor para tomar decisiones acertadas que contribuyan a corregir desatinos y al buen funcionamiento de las organizaciones; incluso, los resultados del rendimiento son una fuente objetiva para fundamentar el sistema de remuneración.

Formación y Capacitación. Hoy día la capacidad de respuesta del Estado y sus instituciones, ante los derechos, necesidades y crecientes requerimientos de servicios de la población, está determinada por los conocimientos, experiencias y capacidades instaladas en los servidores públicos. Por ello es necesario que se desarrollen programas de formación y capacitación conectados con las estrategias, planes institucionales y la detección de necesidades.

Es importante que las instituciones públicas asuman con seriedad la cuestión de la gestión del conocimiento, que garantiza que los conocimientos construidos y adquiridos en los programas, así como los entrenamientos, sean efectivamente puestos en práctica y agreguen valor público, e incluso se puedan compartir con el resto de los empleados.

³ En el año 2015 la Asamblea General de la ONU aprobó 17 ODS acompañados de una agenda con 169 metas, las cuales deben cumplirse al año 2030; dichos objetivos apuntan a la eliminación de la pobreza, reducción de la desigualdad, reversión de los efectos del cambio climático, garantizar ciudades seguras, construir instituciones sólidas, garantes de la paz y la justicia, educación universal, salud para todos, igualdad de género, entre otros no menos importantes.

En este orden, se precisa de una normativa que, en el marco de las relaciones laborales, vincule la capacitación con el mérito, la permanencia o estabilidad y la Carrera Administrativa.

Carrera Administrativa. Toda persona que accede a la Administración Pública, a un cargo profesional o técnico, con la intención de permanecer y desarrollarse en ella, debe tener la oportunidad de lograrlo; para ello se ha creado, con sustento jurídico, un mecanismo técnico e instrumental que, sobre la base de los principios de mérito, estabilidad y progreso, garantiza que los servidores se construyan una expectativa de vida laboral que incluye situación de ingreso, etapas de desarrollo y momento de egreso o desvinculación.

En los sistemas de Carrera Administrativa es donde se expresan con mayor fuerza los principios de la profesionalización de la Función Pública; el diseño de los modelos de carrera va ampliando su influencia, son cada vez más los tipos de cargos de importancia que, de una u otra forma, se incluyen bajo su égida, ya no solo se contemplan concretamente cargos de perfiles profesionales y técnicos transversales, sino que también se estructuran mecanismos respecto de cargos típicos o específicos de determinados sectores o instituciones, bajo la denominación de carreras especiales. También ha ido alcanzando cargos que comparten naturaleza política y técnica, como es la carrera del directivo público, que se ha venido impulsando en países como Chile, Perú y España.

Relaciones Laborales. El subsistema de Relaciones Laborales condensa todos los demás subsistemas, ellos nutren su diseño, configuración y funcionamiento. Las Relaciones Laborales tienen una importancia capital para el despliegue de la actividad administrativa en el Estado, tienen un enfoque de derechos, deberes, protección y garantías, del que se encarga el Derecho Administrativo en sentido general y el Derecho de la Función Pública de forma particular.

En el eje de los derechos las relaciones laborales contemplan específicamente salario digno, incentivos, vacaciones, estabilidad, permisos, licencias, protección social, seguridad, salud e higiene laboral, promoción, ascenso, capacitación, organización y acción laboral, tutela administrativa, tutela judicial. En el otro eje se consigna un régimen ético que contiene principios, valores, deberes específicos, prohibiciones e incompatibilidades, y un régimen disciplinario que contiene faltas, sanciones, autoridad sancionadora, procedimiento sancionador, principios del debido proceso, circunstancias atenuantes y agravantes de los hechos disciplinarios, recursos administrativos, entre otros.

Como se puede ver, el subsistema de Relaciones Laborales es centro de confluencia de la gestión integral del talento humano, su correcta aplicación determina el éxito de la puesta en práctica de las políticas públicas y la efectividad de las acciones gubernamentales.

IV. PRINCIPIOS DE LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, ESTRATEGIAS PARA SU CONCRECIÓN

Debemos tener muy presente que los principios hacen parte del sistema de las fuentes del Derecho, en este caso particular, del Derecho Administrativo; según se ha afirmado (Falla, y otros, 2005, 191) “Entendemos por fuentes del Derechos Administrativo aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho Administrativo se mani-

fiesta en su vigencia”. En consecuencia, los principios se asumen como fuentes directas subsidiarias que facilitan proposiciones que informan y orientan debidamente, con sentido axiológico o técnico, la estructuración, contenido, interpretación, aplicación y juzgamiento del ordenamiento jurídico de la Administración Pública.

Lo principios específicos de la profesionalización de la función pública guardan una relación estrecha con los conceptos que hemos analizado previamente, hacen parte incluso de su proyección teórica y práctica, y de su comprensión. No es posible entender la esencia del diseño y la aplicación de los distintos subsistemas de gestión del talento humano en el sector público sino estudiamos a profundidad, con sentido epistemológico, los principios que analizamos a continuación.

Interés General

Uno de los principios que sirven de sustento al Estado Social, y que se expresa profundamente en el diseño de la Función Pública, es el interés general, conocido tradicionalmente como interés público, pero que en el contexto actual, dadas las nuevas características sociales, jurídicas e institucionales, la primera es la forma más adecuada de denominarlo, pues el interés a servir es el de la colectividad, el de la ciudadanía, no el de los propios funcionarios, que, bajo la influencia de un criterio reduccionista, es lo que envuelve la idea de interés público.

El interés general, como concepto y como principio, coloca al ser humano en el centro de la actuación de los servidores públicos, toda vez que este se erige en su razón de ser; el interés general hay que asumirlo siempre como un fin superior del Estado.

En consecuencia, el interés general no puede quedarse en un mero ejercicio académico y expresión de buena voluntad, en cambio, tiene que ser proyectado de forma efectiva en el ordenamiento jurídico, pues debe constituirse en uno de los rieles por los que se desplace la actuación de los funcionarios Públicos y en un pilar del Derecho a la Buena Administración; en el Estado Social y Democrático de Derecho el interés general no es una abstracción, debe ser una realidad jurídica concreta con proyección práctica, que prevalezca ante el interés particular.

Desde esta perspectiva, es imposible hablar de la materialización del Derecho a la Buena Administración si las instituciones públicas y sus trabajadores no actúan reconociendo el valor de las personas y en pro de la mejora permanente de las condiciones de vida de los ciudadanos.

En definitiva, el interés general, siempre dinámico, adaptable a los nuevos contextos, está referido a los fines mismos del Estado y a la sustanciación material y jurídica de la Administración Pública.

1. Igualdad

El principio de igualdad en la Función Pública se expresa fundamentalmente en la posibilidad que tienen todos los ciudadanos de acceder libremente a la Administración Pública, especialmente a los cargos de carrera, sin más limitaciones que las que se desprenden del mérito, la capacidad y la idoneidad ética para ocupar cargos públicos. Debemos ser conscientes de que la igualdad constituye uno de los principios centrales que hacen posible el funcionamiento del Estado moderno, así como un derecho fundamental, por lo que su concreción en la Función Pública está asociada a normas y procesos técnicos y jurisdiccionales que deben garantizar derechos ciudadanos y laborales.

Hablar de igualdad en la Función Pública es garantizar el derecho al trabajo de las personas, el respeto a su dignidad humana y el reconocimiento de las condiciones y capacidades demostradas para permanecer y crecer en los escalafones correspondientes; implica también motivación para todos aquellos ciudadanos que, con interés legítimo, aspiran a laborar y poner en práctica sus conocimientos y experiencias en el sector gubernamental. En este contexto, el principio de igualdad se complementa con el principio de justicia, pues se trata de dar a cada quien lo que en buen derecho le corresponde, y de esto el Estado debe ser siempre garante.

2. *Legalidad*

El principio de legalidad o juridicidad tiene una importante manifestación en los distintos subsistemas de gestión del empleo público, toda vez que los mismos se fundamentan en una previa configuración jurídica que se manifiesta en la Carta Magna, leyes adjetivas, reglamentos y actos administrativos o resoluciones que permiten su funcionamiento efectivo y garantizan seguridad jurídica de los aspirantes a cargos públicos y empleados, de forma particular, así como de todos los ciudadanos, en términos generales.

La observación estricta de dicho ordenamiento jurídico por parte de las autoridades gubernamentales es crucial para la concreción del Estado de Derecho, así como para enfrentar el clientelismo político, el nepotismo y la corrupción administrativa. El establecimiento y consolidación de un sistema de mérito en el Estado pasa necesariamente por el respeto del principio de legalidad, el cual se encuentra asociado al principio de control de la Administración Pública.

Debemos tomar en cuenta que, distinto al sector privado, la relación de los servidores públicos con el Estado es de carácter estatutaria, es decir, se basa en un conjunto de normas de diversas jerarquías, a las que las partes se adhieren tan pronto aceptan la relación de empleo, mediante la emisión y aquiescencia de una designación o nombramiento firmado por una autoridad pública competente. El estatuto de la Función Pública dispone los principios, normas, garantías, sistemas, procesos y procedimientos que tienden a una adecuada y oportuna gestión del personal al servicio de los órganos y entes públicos.

3. *Mérito*

Si algo requiere de protección en la Función Pública es el mérito personal, por eso hace parte de los principios trascendentales que sostienen los modelos de carrera administrativa y la profesionalización; está determinado por un conjunto de atributos verificables que acreditan la idoneidad de las personas para asumir un determinado cargo en el Estado, los cuales son dispuestos por instrumentos jurídicos y de gestión técnica. Dentro de dichos atributos se encuentran formación, capacitación, conocimientos específicos, experiencias, valores éticos, conducta, competencias, entre otros.

El mérito posibilita que los trabajadores estatales cumplan de forma efectiva con las tareas asignadas y aporten al logro de la misión institucional y agreguen valor público; determina además que los empleados públicos puedan permanecer en sus cargos y crecer en el escalafón institucional. El mérito está estrechamente vinculado con el principio de eficacia administrativa y con los principios de evaluación y equidad; de la misma manera, hoy día es preciso asociar el mérito al concepto o criterio de flexibili-

dad⁴ funcional, lo que permite que las capacidades, conocimientos y experiencias de los servidores públicos sean aprovechadas donde mejor convenga al servicio y a la ciudadanía.

4. *Estabilidad*

En sus orígenes se conoció, y aún persiste en algunos países, como principio de inamovilidad, sin embargo entendemos que hoy día lo procedente es utilizar el concepto de estabilidad⁵; este principio tiene su base en dos cuestiones centrales, la primera tiene que ver con la necesidad que tiene el Estado de contar con servidores públicos con vocación y empoderados del servicio público, capaces de dar continuidad a las políticas y acciones del gobierno, incluso, más allá de los cambios políticos y de gestión gubernamental; la segunda cuestión está relacionada con el deseo legítimo que tienen determinados ciudadanos de ingresar a la función pública de forma indefinida, buscando hacer de ella un espacio natural para el desarrollo de sus capacidades, su realización profesional, laboral, personal y familiar, y convencidos de colocar sus conocimientos y habilidades al servicio del avance de la Administración Pública y de la sociedad.

La estabilidad laboral de los servidores públicos pertenecientes a la carrera administrativa es un asunto de interés nacional y de garantía de derecho, así lo consignan los ordenamientos jurídicos, ella conviene al Estado, a la sociedad y a los trabajadores, así lo concibieron los franceses, los británicos, los alemanes y otros; podríamos decir incluso que desde Weber hasta nuestros días la estabilidad es uno de los ejes del empleo público que más ha captado la atención de los teóricos y los reformadores del Estado.

Sin duda hoy es un tormento jurídico y técnico de muchos políticos recalcitrantes y anacrónicos, aferrados al patronazgo, al clientelismo y al *spoils system* o sistema de despojo o botín político.

El principio de estabilidad aparece fuertemente ligado a principios generales de la Administración Pública moderna como justicia, juridicidad y evaluación del rendimiento, y a garantías como la tutela judicial efectiva.

Cabe agregar que la estabilidad es el pilar que da esencia a la carrera administrativa, pues en realidad ambas requieren de la coexistencia.

5. *Desarrollo*

Si bien la estabilidad, como hemos dicho, es el principal pilar de la carrera administrativa, el principio de desarrollo es el que mejor interpreta el concepto de carrera, pues cristaliza la posibilidad de movimientos positivos en el escalafón correspondiente,

⁴ Cabe aclarar que, bajo la premisa y enfoque de este ensayo, no se asocia la flexibilidad a la precarización ni a la restricción de derechos laborales de los trabajadores públicos, sino solo a la facilitación de la gestión y a la obtención de resultados oportunos en las instituciones estatales, así como a la satisfacción de los intereses de los ciudadanos y ciudadanas.

⁵ Somos de opinión que en la actualidad la inamovilidad no tiene cabida jurídicamente, toda vez que son las propias normas las que disponen las razones por las que un empleado de carrera puede ser destituido de su cargo; además de que esta figura genera la sensación de seguridad extrema independientemente de los aportes y comportamiento del trabajador. En verdad de lo que se trata es de una estabilidad condicionada por el buen desempeño y el cumplimiento de los deberes del cargo.

diseñado para asegurar el logro de la misión institucional, estimular el crecimiento profesional de acuerdo a las potencialidades de los trabajadores y concretar las legítimas aspiraciones y expectativas laborales de los servidores pertenecientes a la carrera.

El desarrollo tiene como mecanismos de instrumentación jurídica y técnica la promoción y el ascenso. La promoción implica la posibilidad de que los trabajadores avancen dentro de una misma categoría o nivel de cargo a un grado mayor, es decir, de forma horizontal; con el ascenso se trata de que dichos trabajadores puedan moverse de forma vertical a un cargo de categoría o nivel inmediatamente superior al que ocupan.

El desarrollo o avance en la carrera está condicionado por los resultados que obtenga el trabajador en los procesos de evaluación del desempeño, el lugar que ocupe en el escalafón laboral, lo cual está relacionado, entre otras cosas, con el tiempo en servicio; también, el avance del trabajador en el escalafón está condicionado de forma importante por la formación y la capacitación recibida y por el cumplimiento del régimen ético y disciplinario de los servidores públicos.

6. *Eficiencia*

La Administración Pública del siglo XXI está presionada por la ampliación de los derechos fundamentales y las garantías, el reposicionamiento de la ciudadanía frente al Estado y las crecientes demandas de las personas; por ello el principio de eficiencia continúa tomando fuerza, pues se trata de entregar resultados de calidad en momentos de crisis inauditas como las que vivimos en el momento en que trabajamos este ensayo, que hacen escasear cada vez más los recursos, especialmente los económicos. Hacer mucho más con mucho menos es un desafío que se torna perenne para las instituciones públicas.

El Derecho Administrativo se ocupa cada vez más de configurar este principio como eje transversal de la gestión pública; se verifica fundamentalmente mediante los procesos de evaluación para resultados, se aplica tanto al desempeño institucional como al desempeño individual. Se vincula con principios generales como planificación y control, y tiene una relación estrecha con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, así como con la estrategia nacional de desarrollo, la planificación estratégica institucional, los planes operativos y el cumplimiento de objetivos y metas, todo esto con base en indicadores debidamente diseñados y medidos.

7. *Innovación*

El éxito en la gestión y el logro de los objetivos institucionales hoy está determinado por la capacidad innovadora de las personas que laboran en el servicio público, por eso el espíritu innovador debe hacer parte de los requerimientos de la Función Pública, hasta convertirlo en un principio generalmente exigible.

Las reformas jurídicas que se están encaminando en materia de empleo público deben tomar muy en cuenta la innovación⁶, considerando especialmente los estragos cau-

⁶ El diseño jurídico de las instituciones públicas en los países de nuestra región aún se muestra tímido con el principio de innovación.

sados por la pandemia como consecuencia del COVID-19, los que nos colocan en una situación de incertidumbre y son altamente desafiantes para la gestión pública⁷.

Como principio, la innovación obliga a generar nuevas ideas, a introducir herramientas novedosas o mejorar las existentes; con ella se plantean formas distintas de gestionar lo público con sentido práctico, dirigidas a contribuir a la solución de problemas sociales, acompañadas de enfoques de contingencia o coyuntural y de enfoques estratégicos o estructurales. De hecho, no se concibe hoy la eficiencia del sector público sin innovación, por lo que los empleados deben contar con un marco de libertad para ponerla en escena, deben ser escuchados y apoyados en esta dirección; al igual que la eficiencia, la innovación debe procurar aportar valor público, impactar en la felicidad de la gente.

El principio de innovación está conectado con las cláusulas generales del Estado como la democrática y con los principios de organización, funcionamiento y relacionamiento de la Administración pública, así como con categorías esenciales de ésta, como políticas públicas, servicios públicos, participación, procedimientos administrativos y gestión del cambio. Los órganos y entes públicos que no propician y gestionan la innovación están condenados al fracaso, los servidores públicos que se resisten y no son capaces de innovar se convierten, indefectiblemente, en sepultureros de la institucionalidad estatal.

8. *Objetividad*

Este principio aparece en algunos ordenamientos jurídicos como neutralidad, sin embargo entendemos que desde el punto de vista semántico es más apropiada la nomenclatura objetividad, toda vez que es de más concreta aplicación al contexto en el que ejercen su labor los servidores públicos. Pero, sin importar nomenclatura, lo más importante es entender y asumir que el principio convoca a un compromiso ineludible e irreductible con la ciudadanía y la institucionalidad pública, aquí su estrecha relación con el principio del interés general.

La objetividad hace conexión con el principio de equidad y obliga a que los responsables tomen las decisiones con estricta observación de las normas y los procedimientos, y a que todos los trabajadores ejerzan sus funciones sin tomar en cuenta las particularidades de las personas que acuden a las oficinas estatales, salvo las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico como medidas y acciones afirmativas, que procuran la protección y atención prioritaria a sectores vulnerables.

Si bien la mayor fuente de falta de objetividad en la función pública lo ha constituido el interés partidario, otros intereses fueron posicionándose en torno a las instituciones estatales, lo que obliga a ser cautos al regular de forma específica el principio. En consecuencia, además de intereses partidistas y políticos, hay que tomar en cuenta intereses empresariales, corporativos, sindicales, gremiales, religiosos, familiares, y otros.

⁷ Solo por poner un ejemplo, la ausencia de regulación del Teletrabajo en muchos de nuestros países está generando situaciones complicadas en materia de gestión de personal: violación de derechos laborales, jornadas laborales incontrolables, deterioro de la salud mental, imposibilidad de conciliar la vida familiar con la laboral, entrega de resultados, etc., las cuales deben ser atendidas prontamente por el Estado.

El principio de objetividad hace parte esencial de la estrategia de buen gobierno y del régimen de los conflictos de intereses en la Estado.

9. *Responsabilidad*

Las actuaciones antijurídicas de los funcionarios públicos les lleva a comprometer su responsabilidad, esta es una proyección principista que debe quedar clara en el ordenamiento jurídico; la actuación de los servidores públicos se produce en un marco de derechos y de deberes, por lo que la función pública establece un sistema de consecuencias en todos sus niveles, a fin de corregir, disuadir y evitar comportamientos que impliquen violación del régimen ético y las normas disciplinarias.

Dicho principio se inscribe en la teoría de la función pública responsable, según la cual los funcionarios deben responder por sus actuaciones ante los órganos y entes competentes del Estado y ante la sociedad, y resarcir por los daños que hayan causado. Cuando los funcionarios públicos contravienen parámetros éticos y jurídicos de la función pública comprometen su responsabilidad, por lo que si dicha violación afecta derechos de los ciudadanos o del propio Estado debe existir un sistema de consecuencias aplicable en todos los casos.

Hoy más que nunca la función pública debe estar integrada por personas que asuman su responsabilidad por el ejercicio de los cargos que ocupan, principio que los obliga a observar el ordenamiento jurídico, los parámetros éticos, a rendir cuentas y a responder por los daños causados. Por ello la profesionalización y la carrera administrativa deben enfatizar con fuerza dicho principio.

Formalmente, la responsabilidad comprometida de los servidores públicos puede ser política, penal, civil o patrimonial y administrativa o disciplinaria. Así ha sido reconocido tanto por la doctrina como por el derecho positivo.

10. *Transparencia*

El principio de transparencia permite a los ciudadanos escrutar las instituciones públicas en su interior y la actuación de sus funcionarios, quienes se obligan a actuar con sometimiento pleno a las normas y los procedimientos; encuentra soporte jurídico en el Derecho Administrativo, en la tecnología de la información, en los sistemas de control de la actividad administrativa y en la cultura de rendición de cuentas a los ciudadanos.

El criterio que rige es el de “máxima publicidad”, no solo de los actos emitidos por los funcionarios públicos, sino también de los procesos de gestión de los recursos humanos del Estado, especialmente el de reclutamiento y selección. El principio de transparencia es básico para generar confianza y lograr la buena gobernanza, por lo que involucra el respeto de la legalidad, los principios de la democracia y la participación ciudadana, y nos coloca en la ruta de la articulación de lo que hoy se denomina gobierno abierto⁸.

⁸ El Gobierno Abierto constituye un esfuerzo moderno por articular ejes tradicionales y actuales de la gestión pública, fundamentado en la ética, la transparencia, la participación, la tecnología de la información, el gobierno electrónico, la cooperación público-privada, entre otros; procura concretar una

La profesionalización de la función pública exige la publicidad amplia de todos los complejos procesos y acciones que la sustentan; la transparencia es un formidable instrumento para vincular a la gente con los procesos de reforma y la carrera administrativa, la gente debe entender cuál es la importancia del mérito para su bienestar y el desarrollo del país. Es importante que los temas del servicio civil sean abordados con apertura y de forma llana frente a la población, independientemente de sus características jurídicas y técnicas.

11. *Ética*

Es un principio transversal a la Administración Pública, pero su materialización se verifica de forma concreta en la función pública por medio de un conjunto de valores y cualidades que deben reflejar los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Incluso, en un contexto de profesionalización y carrera administrativa la ética juega un rol de importancia vital, pues ciertos empleados reducen el concepto de idoneidad a los méritos que dimanen de las capacidades técnicas, soslayando que esta también está referida a honradez y moralidad.

Los valores y cualidades éticas de los servidores públicos constituyen la esencia de una función pública al servicio de los intereses de la gente, hacen parte de la profesionalización y el mérito. De ellos se desprenden humildad, honestidad, probidad, vocación de servicio, trato digno a las personas, entre otros, a fin de contrarrestar antivalores que lamentablemente han dañado la imagen de la gestión pública, como prepotencia, autoritarismo, vanidad, opacidad, etc., todos ellos activadores de formas y hechos de corrupción administrativa.

El ejercicio ético y moral de los cargos públicos es una imposición de los tiempos que vivimos, pues la pulcritud en el uso de los fondos estatales es algo que la ciudadanía no está dispuesta a negociar, así lo demuestran las movilizaciones sociales en casi todos los países de la región. Los ordenamientos jurídicos correspondientes deben regular con sumo cuidado los principales aspectos atinentes al ejercicio ético de la función pública, pese a que somos conscientes de que una parte de la doctrina, cada vez menos, se opone a la positividad de los parámetros éticos de la conducta de los servidores públicos.

Sensibilidad social.

Bien podría abordarse como el principio de vocación de servicio, o el de vocación de justicia, pero entendemos que las características de la Administración Pública del siglo XXI y los ODS nos conminan a acuñar un término que interprete de mejor manera el compromiso real que tienen los servidores públicos con el bienestar de la gente. Quienes ocupan cargos públicos deben ser sensibles ante los problemas que aquejan a los ciudadanos y ciudadanas, especialmente a los usuarios de los servicios y trámites que están bajo la responsabilidad de sus instituciones.

La reducción de la pobreza y de la desigualdad no depende solo del diseño de políticas públicas inclusivas, sino también de trabajadores estatales que sean capaces de poner en práctica dichas políticas de forma efectiva, con sentido humano, para lo cual

forma distinta de gobernar, pensada desde la cercanía con la gente, fue lanzado en 2011 a través de la plataforma Alianza Global por el Gobierno Abierto (AGA).

es preciso entender y atender el sufrimiento de los excluidos, de los más pobres, de aquellos con los que el Estado tiene una deuda social histórica y se constituyen en un indicador determinante del desarrollo humano integral.

La sensibilidad social deber ser hoy un valor o cualidad central que rijan la actuación de los servidores públicos, el ordenamiento jurídico debe recogerlo en el diseño del estatuto de la función pública como un principio de funcionamiento. Este principio aparece sin duda vinculado al principio de la calidez en el servicio público y al de trato digno a las personas; su consagración es determinante para legitimación de la labor de gobierno y el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el cumplimiento de las metas de la Agenda 2030.

12. *Tutela Judicial Efectiva*

En el mismo momento en que se hace el diseño de los sistemas de empleo público es preciso asegurar que el principio de tutela judicial efectiva, que se asume también como una garantía, quede consagrado de forma transversal a todos los subsistemas y procesos que se disponen; esto así, porque la función pública se rige de forma específica, entre otras cosas, por un conjunto de derechos diversificados, de los que son acreedores los trabajadores del Estado y es preciso que sean debidamente protegidos y garantizados.

En este orden, dichos derechos son acompañados de un sistema de recursos y acciones que pueden incoar los empleados cuando los mismos son amenazados o conculcados, algo que es muy común en muchas de las administraciones públicas latinoamericanas. Dentro de estos mecanismos podemos encontrar algunos que se encuentran a lo interno de la Administración Pública o en sede administrativa, tales como los conocidos bajo la nomenclatura de recurso de reconsideración y recurso jerárquico, con formalidades y plazos; esto, dentro de la concepción de la teoría de la justicia retenida. Además, tienen vigencia instrumentos de resolución alternativa de conflictos.

Existen también recursos y acciones en sede jurisdiccional, tales como el recurso contencioso administrativo y todos los demás recursos que se derivan y sirven para impugnar las decisiones que respecto de este emitan los tribunales competentes; también se contemplan acciones de inconstitucionalidad, de amparo y otras, como mecanismos jurisdiccionales para garantizar los derechos de los servidores públicos.

Todo lo dicho, como sabemos, se articula con los principios del debido proceso, especialmente el doble grado de jurisdicción, la presunción de inocencia (para el caso de medidas sancionatorias), celeridad, derecho de ser oído e informado debidamente en relación con el status de sus expedientes y procedimientos y trámites, entre otros.

V. CONCLUSIONES: ENTRE COVID-19, PANDEMIA, CRISIS Y LECCIONES

La profesionalización de la función pública es y seguirá siendo un tema complejo y escabroso, no solo por las implicaciones técnicas, sino también por lo sensible de los intereses que toca, asociados a la política, al autoritarismo, al clientelismo y a la corrupción administrativa. No obstante, hay que reconocer que los países de la región cada vez más se interesan, por una u otra razón, en diseñar sistemas de empleo público fundamentados en la profesionalización y el mérito.

En estos momentos de crisis extremas que vivimos se evidencia aún más la importancia de contar con procesos de gestión de personal fundamentados en criterios técnicos y científicos debidamente regulados.

Por ejemplo, la declaración de la pandemia y de los consecuentes estados de emergencia, así como de imposición de medidas de distanciamiento físico, llevaron a la obligación de asumir el teletrabajo como un mecanismo para contrarrestar la proliferación del contagio y los terribles efectos del coronavirus. Sin embargo, en la mayor parte de los casos no se estaba preparado para asumir de forma abrupta esta modalidad de trabajo a distancia, pues, aun contando con herramientas tecnológicas apropiadas, la falta de destreza en el manejo ha afectado bastante el uso oportuno y productivo de las mismas.

Otro renglón en el que la pandemia deja importantes lecciones a la función pública es en lo relativo a la ausencia de normas adecuadas que regulen el teletrabajo como un componente de las relaciones laborales, se han generado problemas que hay que atender con cuidado asociados a estrés, exceso de trabajo, inteligencia emocional, inapropiada supervisión y seguimiento, control de gestión, evaluación del desempeño, compatibilización de situaciones laborales y familiares, entre otras.

Un nuevo desafío se cierne sobre la gestión del talento humano y los derechos laborales: reorientar el ordenamiento jurídico a fin de garantizar la integridad psicológica y emocional de los trabajadores del sector público, ante las situaciones que nos ha tocado vivir. “Eso sí, lo que queda claro es que el Estado cada vez más deberá prepararse para enfrentar lo desconocido y garantizar la gobernabilidad, la que se ve en juego en momentos como el que vivimos” (Montero, 2020, 31)

Luego de habernos pasado muchos años teorizando ampliamente sobre el gobierno electrónico, sin haber obtenido resultados apropiados en muchos países, este se presenta hoy como una necesidad irreductible e imposterizable, solo que hay que pensarlo y diseñarlo desde el rol que deben jugar los servidores públicos para su despliegue y éxito; en este orden, es preciso perfilar jurídicamente, de la forma más adecuada posible, la interacción en las instituciones estatales de los humanos con los *softwares* y los robots, interacción que debe estar al servicio exclusivo del bienestar de la gente. Esto demanda no solo normas que garanticen derechos y eficiencia, sino también nuevos parámetros éticos en la función pública.

Otra lección importante para nuestros países es que definitivamente el clientelismo no paga, pues a la hora de la verdad, cuando se presentan situaciones de crisis como la que está presente hay que responder debidamente a los ciudadanos y ciudadanas, de lo contrario la desconfianza en las instituciones se acelera y el descrédito de las autoridades públicas llega raudo y sin contemplaciones. Es el momento en que se confirma lo que tanto se ha postulado y documentado: para poder dar respuesta con eficiencia a los problemas sociales e institucionales es necesario contar con servidores públicos con méritos, profesionalizados y éticos.

BIBLIOGRAFÍA

AMARO GUZMÁN, Raymundo. *Derecho y Práctica de la Función Pública*. Publicaciones ONAP, Santo Domingo, 2006.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). Carta Iberoamericana de Función Pública. CLAD, Caracas, 2006. Disponible en www.clad.org

GARRIDO, Fernando, PALOMAR, Alberto y LOSADA, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Decimocuarta edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

LONGO, Francisco. *Mérito y Flexibilidad: La gestión de las personas en las organizaciones del sector público*. Ediciones Paidós, S.A., Barcelona, 2004.

MONTERO, Gregorio. *Régimen Jurídico y Profesionalización de los Funcionarios Públicos*. 4^{ta} ed. Publicaciones MAP, Santo Domingo, 2015.

_____. *Dimensiones de la Administración Pública del Siglo XXI. Aportes para la Reflexión y la Praxis*. Publicaciones MAP, Santo Domingo, 2020.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. 5^{ta} ed. Editorial Tecnos, Madrid 2008.

34. PRINCIPIO DEL INTERÉS PÚBLICO DE LA TECNOLOGÍA, PRINCIPIOS CONEXOS Y SU RELACIÓN CON LA INFORMACIÓN, LA COMUNICACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

José Rafael BELANDRIA GARCÍA *

Resumen: este trabajo analiza el principio del interés público de la tecnología y los principios conexos establecidos en la Constitución de 1999. Asimismo, expone el desarrollo y ejecución jurídica de los mencionados principios, que ha dado lugar a un ordenamiento administrativo relacionado con las tecnologías e Internet y efectúa un diagnóstico sobre dicho ordenamiento. Por último, el trabajo describe los siguientes tres problemas teóricos del Derecho Público y la Administración Pública, con sus desafíos y unas propuestas de solución: el acceso a Internet como un derecho subjetivo; la validez del procedimiento administrativo electrónico o no a tenor del ordenamiento jurídico en vigor; y la configuración de una Administración Pública electrónica o telemática innovadora y al servicio de los ciudadanos.

Palabras claves: Principios, Administración Pública, tecnología, Internet, innovación.

Abstract: this paper analyzes the principle of the public interest of technology and the related principles established in the Constitution of 1999. Additionally, explain the development and legal execution of the aforementioned principles, that has given place to an administrative legal system related to technologies and Internet and does a diagnosis about this operation. Finally, this paper describes the following three theoretical problems of Public Law and Public Administration, with their challenges and some proposed solutions: the Internet access as a subjective right; the validity of the electronic administrative procedure or not according to the legal system in force; and the configuration of an innovative electronic or telematic Public Administration and at the service of citizens.

Key words: Principles, Public Administration, technology, Internet, innovation.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1999 estableció el principio del interés público de la tecnología y otros principios conexos (artículos 110 y 108). Los mismos son principios esenciales del Estado y del Derecho Público venezolano. Se trata de instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país.

* Miembro ordinario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Doctor en Derecho con la calificación *Sobresaliente Cum Laude* por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello. Abogado distinción *Magna Cum Laude* por la Universidad de los Andes. Correo electrónico: joserbelandria@gmail.com

El eje de los principios en referencia es la tecnología. Para la Constitución la misma tiene repercusión en el desarrollo del país y en el acceso a la información.

Por definición la *tecnología* consiste en el conjunto de teorías y técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico¹. Existen diferentes tipos de tecnologías asociadas a distintos ramos de la ciencia. Por ejemplo: tecnologías para la educación, la contabilidad, el mercadeo o la comunicación. Por el contenido de las normas relativas a estos principios, se trata de tecnologías relacionadas con la información, la comunicación, las redes de informática y la educación.

Hay varias tecnologías que abarcan los mencionados aspectos. Están así las Tecnologías de la Información y la Comunicación, Internet y las tecnologías emergentes de la telemática. Las primeras (conocidas como TIC, por sus siglas) e Internet son un producto del siglo XX. Las mencionadas Tecnologías de la Información y la Comunicación se refieren al conjunto convergente de tecnologías de la microelectrónica, la informática (hardware y software) y las telecomunicaciones (radio, televisión, teléfono y redes de comunicación), que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.

En relación con Internet, que proviene de las TIC, cabe decir que es una red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación². Dicha red utiliza las telecomunicaciones y permite el intercambio de información y comunicación entre personas con ubicación diferente, a través de computadoras, teléfonos inteligentes, etc.

Por lo que respecta al Estado y la sociedad las tecnologías mencionadas pueden tener un rol transformador. Las mismas producen cambios de calado en el espacio y en el tiempo. A su vez éstos pueden generar reducciones de costos y traslados, entre otros. En el sector público pueden traer por ende innovación.

De otra parte, los principios consisten en una norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta³. El principio del interés público de la tecnología y los principios conexos están llamados a realizar esa función en el contexto de las tecnologías. Es útil recordar que el desarrollo tecnológico y todo lo referido a la información ha pasado a ocupar un lugar central⁴. Esta afirmación proviene de una crónica a una reunión académica realizada en *Sciences Po* (París) en junio de 2018. Dicho evento se celebró bajo el título de *El futuro del Derecho Administrativo*, expresivo por lo demás.

Pues bien, para este *Libro conmemorativo de los 20 años de publicación de la Constitución de 1999* presentamos este trabajo. En ese sentido, manifestamos nuestra gratitud a los coordinadores de la obra, los Profesores Allan Brewer-Carías y José Araujo-Juárez, por la honrosa invitación. El trabajo, redactado entre junio y julio de 2020,

¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española, en <https://dle.rae.es/tecnolog%C3%ADa?m=form>

² Según el Diccionario de la Real Academia Española, en <https://dle.rae.es/internet?m=form>

³ Según el Diccionario de la Real Academia Española, en su sexta acepción, en <https://dle.rae.es/principio?m=form>

⁴ Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Antonio. Coloquio de clausura “El futuro del derecho administrativo”, *Sciences Po* (París), Cátedra Mutaciones de la Acción Pública y del Derecho Público, 21 y 22 de junio de 2018. *Revista de Administración Pública* N° 207, *septiembre-diciembre 2018*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2018. p. 335.

que tiene como telón de fondo el Estado y el Derecho Público venezolano se encargará de analizar lo siguiente: (i) el principio del interés público de la tecnología, los principios conexos y sus aplicaciones en los términos de la Constitución de 1999; (ii) el desarrollo y ejecución jurídica de los principios constitucionales en referencia, con un diagnóstico sobre esa operación; y (iii) la descripción de tres grandes problemas teóricos relacionados con el principio del interés público de la tecnología, sus desafíos y algunas propuestas de solución para los mismos.

I. PRINCIPIO DEL INTERÉS PÚBLICO DE LA TECNOLOGÍA, PRINCIPIOS CONEXOS Y SUS APLICACIONES

La Constitución de 1999 reconoció el interés público de la tecnología y la garantía de redes de informática, en dos preceptos que contienen principios y constituyen un desafío para el Estado y la sociedad. En ese sentido, el Capítulo VI del Título III de la Constitución, relativo a “*los derechos culturales y educativos*”, menciona de manera expresa la tecnología y otros principios relacionados en sus artículos 110 y 108⁵.

En primer lugar, el artículo 110 de la Constitución dice que el Estado reconocerá el interés público de la tecnología y sus aplicaciones por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país. Esta norma expresa además que el Estado reconocerá el interés público de la ciencia, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones, por tener el referido carácter instrumental. En tercer lugar, el Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. Para la realización de estas actividades el precepto en referencia alude a medios o recursos a cargo del sector público y privado, así como a la creación del sistema nacional de ciencia y tecnología.

De otra parte, el artículo 108 de la Constitución de manera primordial señala que el Estado garantizará redes de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. La norma también prevé que el Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas, a los fines antes expuestos. Como otro aspecto los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías y de sus innovaciones. Por último, la norma establece que los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana.

Se ha extraído de los dos preceptos constitucionales mencionados y expuesto en los párrafos anteriores, los principios en materia de tecnología en relación con la ciencia, la información y la educación. A continuación conviene acudir al contenido literal de cada uno de ellos, empezando por el artículo 110.

“Artículo 110. El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sis-

⁵ De estos dos preceptos dejamos constancia en el Editorial de nuestra autoría al *Boletín InterConectados* de febrero de 2020, de la Fundación Interconectados, en el contexto de la transformación digital de la Administración Pública. Dicho Boletín está en: <https://bitacora.interconectados.org/boletin-interconectados-febrero-2020/>

tema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para las mismas. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía”.

De otra parte, el artículo 108 de la Constitución prevé:

“Artículo 108. Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley”.

Los preceptos que anteceden acogen el desarrollo de la tecnología, experimentado durante el siglo pasado. El mencionado Capítulo VI del Título III de la Constitución, dentro de la denominada parte dogmática de la misma, está formado por derechos y principios. Las normas en referencia no desarrollan propiamente derechos, es decir, poderes o facultades de las personas para hacer aquello que la ley permite, exigir una determinada conducta y generar consecuencias jurídicas⁶. Se trata en realidad de principios, quiere decir idea o razón fundamental que debe guiar una conducta, referidos a la tecnología y sus aplicaciones.

La misión de los principios en el Derecho no es cuestión simple, por el contrario ha ocupado la atención de juristas y ha merecido numerosas páginas de análisis. Conforme a esa labor podemos decir que los principios jurídicos poseen hoy en día un carácter integrador⁷, debido a que sirven para estructurar el ordenamiento jurídico; e igualmente permiten resolver problemas que atañen al Derecho. No obstante, cuando esos principios se hallan en el ordenamiento jurídico disfrutan del rango de la norma que los contiene⁸. El Profesor Eduardo García de Enterría afirma al respecto: el carácter normativo directo de la Constitución incluye a sus “principios” aparentemente más abstractos⁹. En ese contexto es necesario hacer referencia al artículo 7 de la Constitución, que dice: “*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*”. En consecuencia, los principios constitucionales son de aplicación directa e inmediata, así como no requieren de una ley o sentencia ulterior que los lleve a la práctica.

⁶ El Diccionario panhispánico del español jurídico, de la Real Academia Española, trae la siguiente definición de *derecho* en su primera acepción: “*Prerrogativa o facultad de una persona reconocida por el ordenamiento jurídico, o derivada de relaciones jurídicas con otros sujetos*”. Además dice lo siguiente, extrapolable al Derecho venezolano: “*La categoría más elevada de derechos es la que tiene reconocimiento directo en la Constitución. Dentro de ella los derechos fundamentales disponen de garantías más reforzadas frente a los derechos económicos y sociales. Se distingue también entre derechos públicos subjetivos y derechos subjetivos privados, según la naturaleza de las normas o relaciones jurídicas de las que se derivan o que los garantizan*” (en <https://dpej.rae.es/lema/derecho1>).

⁷ Rodríguez García, Armando. “Los principios generales en el Derecho Administrativo venezolano”. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña N° 13*. Universidade da Coruña. La Coruña, 2009. p. 665.

⁸ Beladiez Rojo, Margarita. *Los principios jurídicos*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 2010. p. 150.

⁹ García de Enterría, Eduardo. “El valor normativo de la Constitución española”. *Revista de Derecho Político N° 44*. Madrid, 1998. p. 38.

Una lectura conjunta de los citados artículos 110 y 108 de la Constitución debe llevar a relevantes conclusiones. Está claro, en primer lugar, que según la Constitución el Estado reconocerá el interés público de la tecnología y sus aplicaciones (artículo 110); y que el Estado asimismo garantizará redes de informática para permitir el acceso universal a la información (artículo 108). Internet, por ejemplo, es una red informática¹⁰; es de hecho la principal red informática mundial. La Constitución, por tanto, no hace referencia de manera directa a Internet, pero una interpretación gramatical y contextual de sus disposiciones permite entender, sin duda, que la abarca. En segundo lugar, la Constitución establece que el Estado reconocerá el interés público de la ciencia, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones (artículo 110); el Estado garantizará asimismo redes de bibliotecas, para hacer posible el acceso universal a la información (artículo 108); y los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías y de sus innovaciones (artículo 108). El Estado y los particulares, por ejemplo, deben promover el uso de Internet, sus aplicaciones y otras tecnologías para generar desarrollo económico, social y cultural.

Pues bien, la articulación de los principios constitucionales mencionados denota la situación de la tecnología y el conocimiento en materia de información y comunicación; e igualmente denota una garantía de los servicios públicos de radio y televisión, así como de las redes de bibliotecas y de informática, para conseguir el acceso universal a la información y el desarrollo nacional. Es factible colocar en este escenario a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) e igualmente a los servicios de Internet, como son la *World Wide Web*, el correo electrónico, los blogs, entre otros.

La aplicación de los principios dados a conocer corresponde al Estado y a los particulares o entidades del sector privado, en los términos ordenados por la Constitución. Dentro de las funciones del Estado, donde se hallan la normativa, gubernativa, jurisdiccional, contralora y administrativa, reviste especial interés en nuestra opinión la aplicación de tales principios en la normativa y la administrativa. Desde esa perspectiva corresponde indagar a continuación cómo se ha implementado el principio del interés público de la tecnología y los principios conexos.

II. DESARROLLO Y EJECUCIÓN JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN REFERENCIA

De conformidad con la tesis austríaca de la producción escalonada del Derecho o la formación del Derecho por grados¹¹, en las últimas dos décadas se ha configurado en

¹⁰ Véase la definición del Diccionario de la Real Academia Española, en <https://dle.rae.es/internet?m=form>

¹¹ Es producto de la Escuela de Viena (Austria), la cual sostiene que la formación del Derecho ocurre del siguiente modo: “*A partir de la norma constitucional positiva, que es pura creación del Derecho y que no ejecuta ninguna norma anterior, todas las demás etapas consisten en ejecución de la norma superior y a su vez producción de una norma de rango inferior (creación del Derecho por grados o escalonada). La ley es ejecución de la Constitución y producción de norma legal; el Reglamento es ejecución de la Ley y creación de una norma reglamentaria; y el acto individual es ejecución que no crea o produce una nueva norma*” (Torrealba Sánchez, Miguel. “Sobre los conceptos de Derecho Administrativo y de Administración Pública en Venezuela”. *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) – Universi-

Venezuela un ordenamiento jurídico para la utilización por la Administración Pública de las TIC e Internet. Es una respuesta al aprovechamiento de dichas tecnologías por la sociedad y por los órganos del Estado. Sin embargo, dicho ordenamiento debe obedecer a los principios constitucionales en referencia por la primacía normativa de los mismos.

Para abordar el tema se hará una distinción entre varios tópicos provenientes de las TIC, empezando por Internet como servicio de telecomunicaciones¹². En ese sentido, se encuentra el Decreto N° 825 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República¹³ y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹⁴. Ambos producto de la competencia que en materia de telecomunicaciones establece el artículo 156 de la Constitución, en su numeral 28, a favor del Poder Público Nacional.

En segundo lugar, en relación con la utilización de las TIC e Internet en la organización y funcionamiento de la Administración Pública se hallan: la Ley de Infogobierno¹⁵; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁶; el Decreto sobre Organización General de la Administración Pública Nacional¹⁷; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos¹⁸; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas¹⁹; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Tributario²⁰; el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado²¹; y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación²².

En tercer lugar, con relación a la firma electrónica y los mensajes de datos está el Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas²³. Por lo que

dad Central de Venezuela – Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. T. I. Caracas, 2011. p. 379).

¹² A estos fines se seguirá el análisis realizado en el epígrafe “Breve referencia al ordenamiento jurídico que regula la Administración Pública telemática” del siguiente trabajo de nuestra autoría: Belandria García, José. “Organización administrativa para la ordenación de la Administración Pública telemática”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, 2016. pp. 464 a la 468.

¹³ *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 36.955, de fecha 22 de mayo de 2000.

¹⁴ *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 39.610, de fecha 07 de febrero de 2011.

¹⁵ *Vid.* Gaceta Oficial de la República núm. 40.274, de fecha 17 de octubre de 2013. De acuerdo con la disposición final tercera de esta Ley, la entrada en vigor de la misma se produciría una vez transcurridos diez meses de su publicación en la Gaceta Oficial. Por consiguiente, la Ley de Infogobierno entró en vigencia el día 17 de agosto de 2014. Unos comentarios de esta Ley pueden verse en: Sira Santana, Gabriel. “Algunas notas sobre la Ley de Infogobierno y el Gobierno Electrónico en Venezuela”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 6, mayo-agosto 2015. Universidad Monteávila. Caracas, 2015. pp. 259 a la 298.

¹⁶ *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 6.147 extraordinario, de fecha 17 de noviembre de 2014.

¹⁷ *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 6.238 extraordinario, de fecha 13 de julio de 2016.

¹⁸ *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 6.149 extraordinario, de fecha 18 de noviembre de 2014.

¹⁹ *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 6.154 extraordinario, de fecha 19 de noviembre de 2014.

²⁰ *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 6.152 extraordinario, de fecha 18 de noviembre de 2014.

²¹ *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 6.156 extraordinario, de fecha 19 de noviembre de 2014.

²² *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 6.151 extraordinario, de fecha 18 de noviembre de 2014.

²³ *Vid.* Gaceta Oficial de la República N° 37.076, de fecha 13 de diciembre de 2000.

respecta al intercambio electrónico de datos, información y documentos, se halla el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado²⁴ (conocido como Ley de Interoperabilidad). En cuanto al uso de las TIC en el funcionamiento del sistema de salud se encuentra la Ley de Telesalud²⁵.

Por último, en relación con los delitos informáticos aplicados al sector público, se debe citar la Ley Especial contra los Delitos Informáticos, donde los supuestos que típica pueden ser de utilidad en lo relativo al sabotaje o daño de sistemas que utilicen las TIC o el acceso indebido a datos de carácter personal.

En el plano infra legal, en tanto ejecución de las normas legales y producción de una norma reglamentaria, corresponde mencionar sin ánimos de exhaustividad el Reglamento Parcial del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas²⁶ (destinado a regular la acreditación de los Proveedores de Servicios de Certificación, la creación del Registro de Auditores, y los estándares, planes y procedimientos de seguridad). De igual modo, pero sin tener carácter reglamentario, está la Providencia Administrativa N° 004-10 de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica²⁷ por medio de la cual se exhorta a todos los entes y órganos de la Administración Pública a propiciar el uso de certificados electrónicos y firmas electrónicas en la emisión de actos administrativos de efectos particulares, en la recepción de solicitudes y procesos a través de las TIC.

1. *Diagnóstico sobre la ejecución del principio del interés público de la tecnología y de los principios conexos para producir el ordenamiento jurídico relativo a la utilización de las TIC e Internet por la Administración Pública*

El ordenamiento jurídico expuesto precedentemente denota, por un lado, la ejecución de los mencionados principios constitucionales para dar lugar a una normativa para el funcionamiento de la Administración Pública a través de las TIC e Internet. Por el otro, evidencia unas características que a continuación se analizarán.

En primer lugar, se trata de un ordenamiento jurídico que se ha formado por capas. En un periodo aproximado de tres lustros, que van del año 2000 al 2015, se han dictado las leyes y los decretos mencionados para regular esta materia. Los mismos han aparecido de manera sucesiva. En algunas materias se han superpuesto unos a otros.

Ese ordenamiento jurídico además está fraccionado. La primera característica en sí misma no es criticable, a no ser por esta. En realidad el ordenamiento en referencia está dividido en partes o porciones. Y cada una de ellas se encarga de una materia. Por ejemplo: las firmas electrónicas y los mensajes de datos están en el Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, la promoción del uso de las TIC

²⁴ Vid. Gaceta Oficial de la República N° 39.945, de fecha 15 de junio de 2012. De acuerdo con la disposición final cuarta de esta Ley, la misma entró en vigencia una vez vencido un plazo de dos años contados a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, lo cual se produjo a partir del día 15 de junio de 2014.

²⁵ Vid. Gaceta Oficial de la República N° 6.207 extraordinario, de fecha 28 de diciembre de 2015.

²⁶ Vid. Gaceta Oficial de la República N° 38.086, de fecha 14 de diciembre de 2004.

²⁷ Vid. Gaceta Oficial de la República N° 39.432, de fecha 26 de mayo de 2010.

por el Estado está en la Ley de Infogobierno, así sucesivamente. Hay otras materias que se han regulado por pura casualidad, por ejemplo: las notificaciones telemáticas (a través del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos²⁸ y de la Ley de Infogobierno²⁹). La normativa carece por tanto de una visión de conjunto. Es cierto que la configuración del ordenamiento jurídico no es cosa sencilla, debido a que intervienen factores jurídicos, políticos, económicos, etc. No obstante, la presencia de las TIC en la Administración Pública es transversal (también lo es en el comercio, la banca, etc.), en la medida en que se extiende por su organización y funcionamiento.

No negamos, ni nos oponemos, a que pueda haber regulaciones específicas o particulares para determinados aspectos. Si bien sería favorable la coherencia. A título de ejemplo el uso de las TIC en la organización de la Administración Pública pudiera estar en una sola ley; o el uso de las TIC en el procedimiento administrativo, desde el inicio pasando por la instrucción y hasta la notificación del acto administrativo decisorio, debería estar también en una ley, que debe ser una ley de procedimientos administrativos.

Por último, es un ordenamiento jurídico necesitado de modernidad al menos desde un punto de vista comparativo. Distintas leyes nacionales hacen referencia a las TIC y sus aplicaciones de muy diversos modos, como son el acceso a Internet, la firma electrónica, el trámite notarial, el intercambio electrónico de documentos, etc. No obstante, desde el mencionado punto de vista hace falta una visión mayor de modernidad. En Europa, España, que ya va por la segunda generación de leyes en relación con la utilización de las tecnologías en referencia por la Administración Pública³⁰, tiene aspectos que mostrar. En una posición de vanguardia se encuentra un pequeño país del norte de ese continente, Estonia, donde un altísimo porcentaje de sus servicios son prestados a través de Internet y se afirma que a la fecha actual es uno de los países más digitalizados del mundo³¹. En América del Sur, un país vecino, Colombia, puede servir como referente por ejemplo en materia de procedimiento administrativo electrónico, con su Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³² (véase el Capítulo IV del Título III, relativo a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento

²⁸ Véase el artículo 62.7 de la misma.

²⁹ Véase el artículo 8.3 de la misma.

³⁰ En primer lugar se dictó la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 150, del día sábado 23 de junio de 2007); y después se dictó la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 236, del día viernes 2 de octubre de 2015), la cual derogó a la anterior y se halla en vigor.

³¹ Sostiene Alejandro Gallotti lo siguiente: “...vale destacar que Estonia es probablemente el único país en el mundo donde el 99% de los servicios públicos son accesibles online -a través de internet- las 24 horas del día los 7 días de la semana. A ello se le suele denominar e-servicios o servicios electrónicos y solo están vedados al matrimonio, el divorcio y operaciones inmobiliarias, es decir, solo para esos trámites los ciudadanos de Estonia deben salir de sus casas” (Gallotti, Alejandro. “El e-oscurantismo de la Administración Pública venezolana”. En: Belandria García, José (Coordinador). *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*. Colección Colectivos N° 2. Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) – Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2019. pp. 265 y ss).

³² Ley 1437 de 2011 (Enero 18), “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

administrativo). Y en este mismo continente otro país, República Dominicana, ofrece un ejemplo de claridad y concisión con su Ley 107-13 de derechos y deberes de las personas en sus relaciones con la Administración Pública y de procedimiento administrativo.

En consecuencia, la ejecución del principio del interés público de la tecnología y de los principios conexos, previstos en los artículos 110 y 108 de la Constitución, desde el punto de vista de la función normativa y la producción del ordenamiento jurídico ha sido parcial³³, carente de acierto y tiene desafíos por afrontar. Es un fenómeno que atraviesa por males similares en otros países y regiones del planeta³⁴. El ordenamiento en referencia se debe reestructurar con base en el conocimiento, la formación jurídica y el ejercicio de la técnica legislativa, en uno coherente, con visión de conjunto y moderno.

III. GRANDES PROBLEMAS TEÓRICOS Y ALGUNAS PROPUESTAS

Con fundamento en el análisis realizado sobre la ejecución del principio constitucional del interés público de la tecnología y de los principios conexos en ejercicio de la función normativa, así como a partir del conocimiento teórico y práctico de la materia, hemos seleccionado tres problemas derivados de esta forma de funcionamiento de la Administración Pública. Dichos problemas, con repercusión en la función normativa y la función administrativa, son los siguientes: el acceso a Internet como un derecho subjetivo; la validez del procedimiento administrativo electrónico o no a tenor del ordenamiento jurídico en vigor; y la configuración de una Administración Pública electrónica o telemática innovadora y al servicio de los ciudadanos. A continuación se analizarán estas cuestiones y se formularán algunas propuestas de solución.

³³ En materia judicial el Doctor Román J. Duque Corredor denuncia asimismo la existencia de una normativa parcial en relación con las actuaciones judiciales para situaciones de emergencia. Al respecto, dice lo siguiente: “...no obstante haberse promulgado hace 21 años la Constitución que establece la invulnerabilidad del derecho al debido proceso durante los periodos de estados de excepción, no se ha previsto una normativa general, sino parcial, respecto de las actuaciones judiciales en tales situaciones de emergencia. A lo cual se une la inexistencia de una plataforma tecnológica para la tramitación de los procesos judiciales, como lo exigen diversas leyes que, hubiera servido de capacidad instalada para las actuaciones judiciales en esas situaciones. [...] A estas alturas, no existen expedientes electrónicos, ni se realizan actos procesales de audiencias orales mediante medios telemáticos” (Duque Corredor, Román J. *La telemática judicial y la garantía del derecho de acceso a la justicia, de tutela judicial efectiva y del debido proceso*. Publicado a través de redes sociales. Caracas, 13 de mayo de 2020. p. 11).

³⁴ En una recensión al libro titulado *Droit européen de l'internet*, de Francis Donnat, el Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor dice lo siguiente: “La obra que comento es, básicamente, una exposición ordenada de datos normativos estrictos: en concreto, del articulado de las múltiples normas que la UE ha dictado desde el comienzo del milenio (básicamente, directivas) en las materias sobre las que el libro versa, así como los proyectos de directivas hoy en curso. [...] Obviamente, el autor de esta recensión no se halla en condiciones de aventurar ninguno de estos juicios de valor, que solo pueden forjarse por quienes hayan desempeñado puestos de responsabilidad dentro de la estructura de algún operador relevante de la red. Solo puede hacer constar su alarma ante la proliferación normativa que el libro describe, que es en este campo incluso superior a algún otro sobre el que ya he expresado juicios muy severos. La abundancia de disposiciones, su dispersión temática, la aprobación de continuas reformas y la práctica inexistencia de refundiciones dan lugar a un paquete de normas a las que sería impropio calificar de sistema” (Santamaría Pastor, Juan. “Recensión de: Francis Donnat: *Droit européen de l'internet*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2018, 208 pp.”. *Revista de Administración Pública* N° 206, mayo-agosto 2018. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2018, pp. 398 y 399).

1. *El acceso a Internet: política de la Administración Pública y ¿derecho subjetivo?*

Sobre el acceso y el uso de Internet por las personas existe en el país regulaciones a nivel legal e infra legal. En primer lugar, el citado Decreto N° 825 de fecha 10 de mayo de 2000, establece lo siguiente en su artículo 1: “*Se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República...*”. Este Decreto prevé asimismo, en su artículo 3, que los organismos públicos deberán utilizar preferentemente Internet para el intercambio de información con los particulares y prestar por dicha red servicios como bolsas de trabajo o trámites en centros de salud³⁵. Igualmente el mencionado Decreto dice en su artículo 10: “*El Ejecutivo Nacional establecerá políticas tendentes a la promoción y masificación del uso de Internet*”.

De otra parte, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone en su artículo 50, numeral 4, que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá como prioridad a los efectos de alcanzar progresivamente las obligaciones del servicio universal, lo siguiente: “*Que todas las personas tengan acceso a la red mundial de información internet*”.

Las normas citadas contemplan que el acceso de las personas a Internet es una política y una obligación de la Administración Pública. No obstante, desde hace algunos años ha surgido la interrogante de si el acceso a Internet es un derecho subjetivo. Moisés Barrio Andrés, en la doctrina española, dice que “*debido a que la Red es tan crucial para el bienestar de los ciudadanos se viene debatiendo si el acceso a Internet puede ser reputado un nuevo derecho fundamental*”³⁶. En España el legislador resolvió ya esa controversia, ya que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales³⁷ reguló en su artículo 81.1 el derecho de acceso a Internet, en los siguientes términos: “*Todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica*”³⁸.

³⁵ “*Artículo 3º: Los organismos públicos deberán utilizar preferentemente Internet para el intercambio de información con los particulares, prestando servicios comunitarios a través de Internet, tales como bolsas de trabajo, buzón de denuncias, trámites comunitarios con los centros de salud, educación, información y otros, así como cualquier otro servicio que ofrezca facilidades y soluciones a las necesidades de la población. La utilización de Internet también deberá suscribirse a los fines del funcionamiento operativo de los organismos públicos tanto interna como externamente*”.

³⁶ Barrio Andrés, Moisés. *Derecho Público e Internet: la actividad administrativa de regulación de la Red*. Primera edición. E-book. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Madrid, 2017, p. 30.

³⁷ Boletín Oficial del Estado núm. 294, de fecha 06 de diciembre de 2018.

³⁸ La norma completa prevé lo siguiente:

“*Artículo 81. Derecho de acceso universal a Internet.*

1. *Todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica.*

2. *Se garantizará un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población.*

3. *El acceso a Internet de hombres y mujeres procurará la superación de la brecha de género tanto en el ámbito personal como laboral.*

4. *El acceso a Internet procurará la superación de la brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores.*

En ese país, además, el Gobierno actualmente se encuentra en el proceso de elaboración de una Carta de Derechos Digitales³⁹.

En el caso venezolano se debe expresar al respecto un par de cosas: primero, si bien la normativa citada establece que el acceso a Internet es una política de la Administración Pública, en realidad se trata de una política incumplida. Hoy en día el servicio de Internet en el país es de los más deficientes del mundo. Un importante número de personas según el lugar donde habitan carece de condiciones o infraestructura para acceder al servicio y los que tienen acceso al mismo sufren uno de los peores niveles de velocidad⁴⁰ e intermitencia, que se agrava con las fallas adicionales del servicio eléctrico. Segundo, en el ordenamiento jurídico, salvo omisión nuestra, no está previsto el acceso a Internet como un derecho subjetivo. Es decir, en tanto poder o facultad de hacer aquello que la ley permite, exigir una determinada conducta a las autoridades y generar consecuencias jurídicas. Desde el punto de vista del Derecho Positivo se requiere que los órganos estatales a través de una ley u otro acto normativo relativo a sus funciones prevean el derecho de acceder a Internet⁴¹.

El derecho en referencia implica una facultad de las personas para tener condiciones en el acceso a Internet. No quiere decir, en nuestra opinión, que el Estado debe suministrar ese servicio y menos que pueda hacerlo de manera gratuita. Quiere decir, de acuerdo con la cláusula constitucional del Estado democrático y social de Derecho (artículo 2), que los órganos de la Administración Pública deben generar condiciones para que el servicio exista, sea prestado por entidades bajo estándares de calidad, mediante un precio y los particulares puedan acceder al mismo.

Proponemos en consecuencia que para dar cumplimiento al principio del interés público de la tecnología y a la garantía de redes de informática de acuerdo con los artículos 110 y 108 de la Constitución respectivamente, se establezca en Venezuela el derecho de acceso a Internet a favor de todas las personas, en condiciones asequibles, de calidad y sin discriminación.

A los veinte años de publicación y entrada en vigencia de la Constitución, el desafío en la reconstrucción del Estado venezolano consiste en establecer el acceso a Internet como un derecho y en crear condiciones de seguridad jurídica, económicas y técnicas para que el mismo sea una realidad.

5. *La garantía efectiva del derecho de acceso a Internet atenderá la realidad específica de los entornos rurales.*

6. *El acceso a Internet deberá garantizar condiciones de igualdad para las personas que cuenten con necesidades especiales”.*

³⁹ Puede verse la siguiente información en https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2020/Junio/Noticia-2020-06-19-Gobierno-en-marcha-Carta-Derechos-Digitales.html

⁴⁰ De acuerdo con Speedtest, la página en Internet que refleja las mediciones de velocidades en Internet, para el 2019 el país ocupó en conexión móvil el lugar 136 de 138, sólo con Palestina y Afghanistan por debajo y para ese mismo periodo en banda ancha ocupó el último lugar, el puesto 174. Puede verse en <https://www.speedtest.net/global-index>.

⁴¹ La opinión expuesta coincide con la expresada en un trabajo de nuestra autoría, inédito a la fecha pero con publicación prevista en el número 17 de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV), que lleva por título: *Los Derechos Humanos en la Administración Pública a través de Internet.*

Un derecho de esta clase traerá consigo beneficios para los ciudadanos o administrados y para el Estado. Para los primeros consistirán en la posibilidad de acceder a información e intercambiar la misma, así como en la posibilidad de conseguir desarrollo económico, social y cultural. Para el Estado los beneficios consistirán en mejorar su organización, sus funciones y la prestación de los servicios.

2. *El procedimiento administrativo por medio de las TIC e Internet: problema en relación con su validez y una propuesta de solución jurídica*

Desde hace algún tiempo existe un debate científico en el país en relación con el procedimiento administrativo, que perdura a la fecha actual y con repercusión doctrinaria, sobre si es posible y válido realizar el mismo enteramente a través de las TIC e Internet a tenor de la legislación en vigor. Dicha controversia obedece a que el ordenamiento jurídico expuesto para la utilización por la Administración Pública de las mencionadas tecnologías no desarrolla un procedimiento administrativo entero por tales medios; y la ley de la materia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴² (LOPA), tampoco lo hace. Esta última puede que sea debido a que para el año en que se dictó (1981) las telecomunicaciones y la informática tenían un estado muy distinto al actual e Internet no existía, o al menos no como se conoce hoy en día.

Conforme a una revisión de la doctrina del Derecho Administrativo venezolano se debe decir que existen tres tesis en torno a este aspecto⁴³. La primera de ellas sostiene la validez jurídica del procedimiento administrativo telemático, a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente⁴⁴. La segunda considera que puede existir un procedimiento de ese tipo, pero introduce matizaciones o advertencias en relación con la modificación de ese ordenamiento jurídico⁴⁵.

⁴² Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 2.818 extraordinario, de fecha 1º de julio de 1981.

⁴³ Una explicación de cada una de estas tesis se halla en el siguiente trabajo de nuestra autoría: Belandria García, José. "El procedimiento administrativo telemático". *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo sobre las "II Jornadas de Derecho Administrativo José Araujo-Juárez: 35 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: revisión y propuestas de reforma"*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2018. pp. 37, 38 y 39.

⁴⁴ Amoni Reverón, Gustavo. "Las Tecnologías de Información y Comunicación en las diversas formas de la actividad administrativa". Trabajo Especial de Grado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2010; y Amoni Reverón, Gustavo. "El Procedimiento Administrativo a partir del Decreto Ley de Interoperabilidad y la Ley de Infogobierno". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7. Volumen II. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, 2016.

⁴⁵ Abreu González, Gigliolla. "Hacia el Procedimiento Administrativo Electrónico Venezolano en el contexto de la Administración Pública Electrónica". *1er Congreso ONLINE del Observatorio para la CiberSociedad*. En <http://www.cibersociedad.net/congreso/comms/g08abreu.htm>. Septiembre, 2002. p. 5; Pellegrino Pacera, Cosimina. "La necesidad de replantear la noción de acto administrativo en un mundo virtual (Una propuesta para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos)". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 3. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, 2014. p. 285; y Trocel Yabrudy, Andrea. "El procedimiento administrativo electrónico como medio para alcanzar la buena Administración en Venezuela". *Revista de la Facultad de Derecho* N° 73, 2018-2019. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2020. p. 74.

Y la tercera opinión niega la validez del procedimiento en referencia, en la medida en que dicha materia es de la reserva legal y por eso prevalece la forma escrita establecida en la LOPA⁴⁶.

En nuestra opinión, al ser el procedimiento administrativo el cauce de la actividad administrativa formal e implicar el ejercicio de derechos públicos subjetivos, donde la Administración Pública conoce de pretensiones relativas a intereses y derechos de los particulares y en la que la decisión puede llegar a limitar el ejercicio de los mismos, debe tener base en la ley⁴⁷. En consecuencia, somos del criterio de que no es válido realizar el procedimiento administrativo enteramente por medio de las TIC e Internet debido a que la LOPA no lo prevé así; porque se trata de una materia de la reserva legal, de acuerdo con el artículo 156, numeral 32, de la Constitución; y porque tiene numerosas particularidades (registros telemáticos, expedientes electrónicos, pruebas electrónicas, archivos electrónicos, notificaciones telemáticas, acto administrativo electrónico, etc.) que deben ser reguladas con detalle y conocimiento y no en cambio quedar sujetas a la discrecionalidad o apreciación de la autoridad respectiva, con el riesgo de que la decisión se convierta en la arbitrariedad proscrita⁴⁸.

Resulta útil efectuar una precisión sobre los aportes a la Administración Pública, por el ordenamiento jurídico para la utilización por la misma de las TIC e Internet. Por ejemplo, en lo relativo a los expedientes electrónicos, la firma electrónica y la digitalización de archivos, según los artículos 49, 50 y 51, respectivamente, de la Ley de Interoperabilidad. O los derechos a dirigir peticiones electrónicas, recibir notificaciones electrónicas y acceder electrónicamente a los expedientes, según el artículo 8, numerales 1, 3 y 5, respectivamente, de la Ley de Infogobierno. En nuestro criterio las mismas gozan de validez siempre que no contradigan lo dispuesto en la Constitución y la legislación administrativa y pueden servir de aporte en ciertas áreas de la denominada Administración Pública electrónica o telemática (como acceder a la información o recibir notificaciones por medios electrónicos), pero no implican la existencia y validez de un procedimiento administrativo telemático entero⁴⁹.

La solución para dicho problema consiste en que una ley nacional regule el procedimiento administrativo a través de las TIC e Internet. Puede tratarse de una reforma de la LOPA o una nueva ley de procedimientos administrativos⁵⁰. Nos inclinamos por la

⁴⁶ Hernández, José Ignacio. “El control judicial de la Administración electrónica. Comentarios a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de diciembre de 2011”. *Revista de Derecho Público N° 131, julio-septiembre 2012*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012. p. 224; y Hernández, José Ignacio. *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2012, p. 44.

⁴⁷ Esta opinión fue expuesta en nuestro trabajo: Belandria García, José. “El procedimiento administrativo telemático”, *cit.*, p. 41; y también está expuesta en un libro de nuestra autoría, inédito a la fecha, que lleva por título: *El procedimiento administrativo telemático. Tecnologías de la Información y la Comunicación en el procedimiento administrativo en Venezuela*.

⁴⁸ Esta opinión asimismo fue expuesta en nuestro trabajo inédito a la fecha pero con publicación prevista en el número 17 de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*, que lleva por título: “Los Derechos Humanos en la Administración Pública a través de Internet”.

⁴⁹ Esta opinión fue expuesta en nuestro trabajo: Belandria García, José. “El procedimiento administrativo telemático”, *cit.*, p. 42.

⁵⁰ Sobre la revisión y propuestas de reforma de la LOPA, puede verse: el *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo sobre las “II Jornadas de Derecho Administrativo José Araujo-Juárez. 35 años de la*

segunda opción, en virtud de los numerosos aspectos que ameritan revisión. En los términos actuales la realización del procedimiento administrativo por medio de las TIC e Internet implicaría actuar sin apego a la ley, discrecionalidad para el funcionario al elegir qué hacer y el riesgo de violar los derechos de los administrados. A los veinte años de publicación y entrada en vigencia de la Constitución el desafío en la defensa del principio del interés público de la tecnología y de los principios conexos, en relación con el procedimiento administrativo, así como del principio de legalidad administrativa (sin formar parte de este trabajo, pero que tiene fundamento en los artículos 137, 141 y 274 de la Constitución), consiste en elaborar y hacer realidad una ley de procedimientos administrativos que desarrolle completo el procedimiento administrativo por medio de las TIC e Internet.

Una medida de este tipo traerá consigo provecho para la Administración Pública y para los ciudadanos o administrados. Para la primera consistirán en modernidad, apego a la legalidad y la posibilidad de optimizar su funcionamiento. En cuanto a los segundos, significará una manera más sencilla y ágil de relacionarse con la Administración Pública.

3. *Configuración de una Administración Pública electrónica innovadora y al servicio de los ciudadanos*

La Administración Pública tiene a su disposición hoy en día una serie de instrumentos provenientes de las TIC, que han dado lugar a la denominada Administración Pública electrónica o telemática. Esos instrumentos son los siguientes: portales en Internet, registros telemáticos, solicitudes telemáticas, expedientes electrónicos, archivos electrónicos, notificaciones telemáticas, acto administrativo electrónico e intercambio de información y documentos por tales medios, entre otros. Pueden parecer cosas novedosas, pero en realidad no lo son. Algunos de estos instrumentos tienen varios años, inclusive décadas, de existencia. Es una tarea de la Administración Pública incorporar los mismos a su funcionamiento. Quizá en la Administración Pública venezolana sea tarea pendiente en relación con algunos de ellos o su eficiente utilización. Pero hay países que en sus administraciones los han adoptado muy bien, como se expresó con anterioridad.

Sin embargo, hoy en día –a finales de la segunda década del presente siglo– el reto es mayor. En España, hace unos años el Profesor José Luis Piñar Mañas instó en el contexto de la revolución tecnológica, a la reflexión sobre el surgimiento de una nueva Administración Pública, que muy poco tiene que ver con la actual⁵¹. El desarrollo in-

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: revisión y propuestas de reforma”, de la Dirección de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en <http://w2.ucab.edu.ve/boletin.derechoadmin.html>; y Pesci-Feltri, Flavia. “Propuesta para sistematizar el contenido de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en una futura reforma”. En: Urosa Maggi, Daniela; Rojas Pérez, Manuel; y Belandria García, José. *Temas Fundamentales de Derecho Público. En homenaje a Jesús González Pérez*. Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) – Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) – Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Caracas, 2020. pp. 257 y ss.

⁵¹ Dijo lo siguiente: “...el efecto que la revolución tecnológica tiene y sin duda va a tener en relación con la Administración Pública y el derecho administrativo no puede circunscribirse al miope e incluso aburrido (aunque no por ello poco importante) ámbito de los procedimientos, o las notificaciones te-

gente de las TIC nos ha situado frente a nuevos escenarios. Los mismos, con un carácter interdisciplinario, suponen un desafío para la Administración Pública y el Derecho Administrativo. En ese sentido, se hará referencia en los siguientes rótulos a la utilización y aprovechamiento de tres tecnologías por la Administración Pública: la inteligencia artificial, la *blockchain* y el Internet de las cosas, con la intención de dar lugar a una Administración Pública innovadora y al servicio de los ciudadanos. Para finalizar se efectuará una apreciación sobre estas tecnologías y el desafío de la Administración Pública venezolana.

A. Administración Pública e inteligencia artificial

La inteligencia artificial es una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico⁵². Estos sistemas pueden analizar su entorno y pasar a la acción, con cierto grado de autonomía, con el fin de alcanzar objetivos específicos⁵³. Son clases de inteligencia artificial las siguientes: (i) sistemas que piensan como humanos: automatizan actividades como la toma de decisiones, la resolución de problemas y el aprendizaje; (ii) sistemas que actúan como humanos: se trata de de computadoras que realizan tareas de forma similar a las personas; (iii) sistemas que piensan racionalmente: intentan emular el pensamiento lógico racional de los humanos, de allí que se investiga cómo lograr que las máquinas puedan percibir, razonar y actuar en consecuencia; y (iv) sistemas que actúan racionalmente: son aquellos que tratan de imitar el comportamiento humano⁵⁴. Un ejemplo del primer tipo son los motores de búsqueda o los sistemas de reconocimiento facial y de voz; y un ejemplo del segundo tipo son los robots y los vehículos autónomos.

El uso de la inteligencia artificial por la Administración Pública en su funcionamiento entraña dificultades desde el punto de vista del Derecho, en particular del Derecho Administrativo. Cabe mencionar al respecto el caso de la Administración Pública española, en cuyo Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital⁵⁵, existe –a julio de 2020– una Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial⁵⁶. De igual modo en ese país, para analizar los problemas, tensiones y desafíos de la inteligencia artificial, promover y compartir el conocimiento sobre el uso e impacto de la misma en el sector público y generar debate entre científicos y técnicos, se creó el 1º de abril de 2019 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Casti-

lemáticas, por decir algo, sino que ha de provocar una profunda reflexión acerca del surgimiento de una nueva Administración, que muy poco tiene que ver con la actual” (Piñar Mañas, José. “Revolución tecnológica y nueva Administración”. En: Piñar Mañas, José (Director). *Administración electrónica y ciudadanos*. Thomson Reuters – Civitas. Primera edición. Navarra, 2011. p. 29).

⁵² Tomado del Diccionario de la Real Academia Española, en <https://dle.rae.es/inteligencia?m=form>

⁵³ Tomado de: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha. *Conclusiones del I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial*. Toledo, 1º de abril de 2019. p. 1.

⁵⁴ Tomado de: <https://www.iberdrola.com/innovacion/que-es-inteligencia-artificial>

⁵⁵ Para conocer la estructura y competencias de ese Ministerio, se puede acudir a: <https://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/>

⁵⁶ Para conocer la labor de esta Secretaría, se puede acudir a: <https://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/digitalizacion>

lla-La Mancha, en Toledo (España), la *Red de Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial* (DAIA), oportunidad en la que se celebró asimismo un seminario⁵⁷. En las conclusiones del mencionado seminario se dijo, entre otras cosas, que la Administración Pública del futuro no sólo será electrónica sino también inteligente⁵⁸.

Pues bien, la Administración Pública puede adoptar decisiones a través de la inteligencia artificial –mediante los denominados sistemas que piensan como humanos–, proferir actos administrativos y expresar su voluntad. Tal es el caso, por ejemplo, de la adjudicación de ayudas públicas⁵⁹. Una situación de este tipo debe llevar a repensar al menos la teoría del órgano y la teoría del acto administrativo. Otro supuesto consiste en la adopción de decisiones inteligentes –a través de los sistemas que piensan como humanos mencionados– con base en el volumen, velocidad y variedad abundante de datos (es lo que se conoce como *big data*). Puede ser el caso de decisiones relacionadas con la ocupación u oficio de las personas. En este supuesto está involucrado asimismo el derecho a la protección de datos personales, que tiene fundamento explícito o implícito en un gran número de ordenamientos jurídicos.

Un par de aspectos adicionales se pueden mencionar: resulta importante precisar qué tipo de actos pueden ser dictados exclusivamente a través de la inteligencia artificial y cuáles conviene que sean asumidos por una persona física, dando lugar a una suerte de *reserva humana* para determinadas decisiones⁶⁰; y la titularidad de los programas y sistemas que actúan o adoptan las decisiones, los cuales deberían ser de propiedad pública y no un servicio prestado a la Administración Pública⁶¹. Con esto se quiere llamar la atención sobre el fenómeno descrito y las repercusiones jurídico-administrativas del mismo.

B. Administración Pública y blockchain

La traducción del vocablo *blockchain* es cadena de bloques. Se trata de una tecnología en donde cada bloque está matemáticamente encadenado al bloque anterior me-

⁵⁷ Esta Red está formada por el Centro de Estudios Europeos “Luis Ortega Álvarez” de la mencionada Universidad de Castilla-La Mancha, el Instituto de Investigaciones Transjús de la Universidad de Barcelona, la Universidad Oberta de Catalunya, la Red Derecho TICs y el grupo de investigación Idertec de la Universidad de Murcia. La misma a la fecha ha celebrado dos seminarios: el mencionado del 1º de abril de 2019, en Toledo; y el segundo los días 10 y 11 de octubre de 2019, en la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia.

⁵⁸ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *Conclusiones del I Seminario Internacional...*, p. 2.

⁵⁹ En las conclusiones del I Seminario Internacional de Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial de la *Red de Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial*, se dijo lo siguiente: “Aún de manera muy incipiente, según se ha detectado tras un primer análisis acerca de experiencias en el sector público en España, se emplea la IA para analizar datos (riesgo de incendios, locales que deben ser objeto de inspección), procesar el lenguaje natural (revisión de solicitudes formuladas por la ciudadanía o detección de irregularidades y fraudes en las licitaciones públicas), reconocer imágenes (contar personas en espacios públicos o identificar posibles infractores), tomar o facilitar la toma de decisiones (adjudicación de ayudas públicas, determinación de las calles donde enviar policías a patrullar, identificación de escuelas que pueden tener un mayor índice de abandono escolar o tratamiento para una determinada enfermedad) o para personalizar los servicios públicos (prestación de servicios de información, asesoramiento y atención ciudadana)” (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *Conclusiones del I Seminario Internacional...*, cit., p. 2).

⁶⁰ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *Conclusiones del I Seminario Internacional...*, cit., p. 6.

⁶¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *Conclusiones del I Seminario Internacional...*, cit., p. 5.

dante hashes⁶². La noción de cadena de bloques fue aplicada por primera vez en 2009, como parte de la criptomoneda *Bitcoin* con la creación del denominado bloque génesis⁶³. La tecnología en referencia posee las siguientes características: (i) ahorro de tiempo y costos: evita duplicidades de registro, debe haber un sólo registro con independencia del número de intervinientes; (ii) seguridad: no se puede modificar ni borrar, sólo añadir información (una vez hecha una transacción no se puede manipular el sistema con fines maliciosos); (iii) transparencia: sólo es posible acceder para consultar, sin poder modificar las transacciones; y (iv) confianza: la descentralización y la ausencia de un nodo central donde se unifique toda la información, hace que las partes intervinientes confíen en esta tecnología⁶⁴. Se afirma, en ese sentido, que se trata de una plataforma de información neutral, no jerárquica, accesible y segura⁶⁵.

Desde el punto de vista de la Administración Pública uno de los principales usos que puede tener la *blockchain* está en los registros públicos y notariales. Aún cuando hay y puede haber otros. La tecnología en referencia sirve para llevar y organizar registros de esta naturaleza. Por ejemplo: el registro de la propiedad inmueble, el de vehículos, las licencias de negocios, los registros criminales, los certificados de nacimiento y de defunción⁶⁶. En relación con las notarías se debate si la *blockchain* puede sustituir a las mismas⁶⁷. Una clave al respecto está –siguiendo una opinión– en el principio de la autonomía de la voluntad y en mantener ciertos límites para el mismo, así como en reservar en parte la función verificadora a los notarios, los cuales en todo caso deberán adoptar las TIC⁶⁸.

Los usos dados a la *blockchain* en algunos países son los siguientes: Estonia, que de nuevo sirve de ejemplo, emplea esta tecnología en sus registros fiscales y empresariales, y de ahí la ha extendido a los registros sanitarios electrónicos de sus ciudadanos⁶⁹. El Reino Unido explora el uso de la *blockchain* para pagar y monitorizar becas de investigación⁷⁰.

En los Emiratos Árabes Unidos, Dubai ha identificado seis proyectos piloto para el uso de la *blockchain*: registros de salud, comercio de diamantes, registro de transferencias de títulos, registro de empresas, testamentos digitales e impulso del turismo⁷¹.

⁶² Rojo, María Isabel. *Blockchain. Fundamentos de la cadena de bloques*. Ra-ma Editorial – Ediciones de la U. Primera edición. Bogotá, 2019. p. 27.

⁶³ Rojo, *Blockchain. Fundamentos de la cadena de bloques, cit.*, p. 26.

⁶⁴ Tomadas las características de: Rojo, *Blockchain. Fundamentos de la cadena de bloques, cit.*, pp. 77 y 78.

⁶⁵ Junestrand, Stefan. “Smart Cities en la era blockchain”. En: Preukschat, Alex (Coordinador). *Blockchain: la revolución industrial de Internet*. Gestión 2000 - Grupo Planeta. Barcelona, 2017. p. 113.

⁶⁶ Fernández Hergueta, Roberto. “El sector público y el uso de la blockchain”. En: Preukschat, Alex (Coordinador). *Blockchain: la revolución industrial de Internet*. Gestión 2000 - Grupo Planeta. Barcelona, 2017, p. 102.

⁶⁷ Martínez Bustamante, Óscar. “‘Blockchain’: ¿adiós a los notarios?”. *Ámbito Jurídico* N° 529. LEGIS. Bogotá, enero de 2020. p. 24.

⁶⁸ *Ídem*.

⁶⁹ Fernández Hergueta, “El sector público y el uso de la blockchain”, *cit.*, p. 103.

⁷⁰ *Ídem*.

⁷¹ Fernández Hergueta, “El sector público y el uso de la blockchain”, *cit.*, p. 104.

Esta situación desde luego origina un debate sobre el papel de la Administración Pública y la adopción de decisiones dependerá de la posición política, social y económica de las personas y de cada país. De cualquier modo, la utilización de la *blockchain* en el sector público es una realidad.

C. Administración Pública, Internet de las cosas y smart cities

El Internet de las cosas implica la interconexión digital de objetos cotidianos a través de Internet. Se suele conocer como Iot, por sus siglas en inglés. Esta tecnología se caracteriza por ser: (i) inteligente: requiere un sistema de software detrás de los datos recopilados por los sensores, que den sentido a toda esa información; (ii) conectada: los sensores, procesadores, computadores, etc., han de estar conectados entre sí para poder difundir la información que analizan; (iii) escalable: una estructura de Iot no debería tener problemas en caso de que el volumen de sensores crezca por centenares en un tiempo muy reducido; (iv) sensible: tienen que existir sensores de calor, vibración, luz o pulso, pero sin sensores “*sería una red ‘ciega’*”; y (v) heterogénea: conviven todo tipo de tecnologías, tanto de software como de hardware⁷². Un ejemplo representativo del Iot son las viviendas y oficinas con aparatos interconectados, donde la temperatura, lámparas y persianas se pueden manejar de manera remota desde un teléfono celular.

La Administración Pública puede utilizar el Internet de las cosas de distintas maneras. Por ejemplo: para la iluminación de espacios públicos durante la noche, con sensores que indiquen el tránsito o presencia de personas. Otro uso del Iot puede ser en los servicios de seguridad ciudadana, a través de cámaras, laser y sensores de vibración o de otro tipo interconectados, para obtener información y desplegar acciones. Un tercer ejemplo del Iot puede darse en los edificios públicos, a los fines de mejorar el uso de los servicios de energía eléctrica, agua y gas.

Las tecnologías explicadas –la inteligencia artificial, la *blockchain* y el Internet de las cosas– pertenecen a la denominada cuarta Revolución Industrial⁷³. Se trata de la cuarta etapa industrial más importante que ha experimentado la humanidad desde el inicio de la revolución industrial en el siglo XVIII. La misma implica el uso convergente de tecnologías digitales para conseguir avances en distintos campos. Dichas tecnologías pueden ser usadas además en el funcionamiento de las ciudades, dando lugar a la noción de *smart cities*. Las ciudades inteligentes implican el uso de las TIC en la gestión de los servicios urbanos para optimizar aspectos como eficiencia, accesibilidad, seguridad, medio ambiente, participación ciudadana o economía⁷⁴. Las tecnologías en referencia de manera individual, la combinación de ellas y otras pertenecientes a las TIC, coexisten en las *smart cities*. Lo que convierte la ciudad inteligente en un entorno realmente único, es que se trata de un sistema transversal que une un gran número de servicios de características muy distintas⁷⁵. A través de estas tecnologías es posible la prestación de servicios como electricidad y alumbrado público, agua, gas, seguridad

⁷² Tomadas las características de: Rojo, María Isabel. *Blockchain. Fundamentos de la cadena de bloques*. Rama Editorial – Ediciones de la U. Primera edición. Bogotá, 2019. p. 180.

⁷³ Esta noción fue acuñada por Klaus Martín Schawab, fundador del Foro Económico Mundial, en el contexto de la edición del mismo de 2016.

⁷⁴ Tomado de: Junstrand, “Smart Cities en la era blockchain”, *cit.*, p. 109.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 110.

ciudadana, ordenar el transporte público o el metro, conservar jardines, plazas y parques y el funcionamiento de edificios públicos. Las mismas persiguen elevar la calidad de vida de los habitantes de la ciudad.

D. *Consecuencias en el plano público administrativo de las tecnologías expuestas. Referencia al caso de la Administración Pública venezolana*

La Administración Pública no sólo debe usar los portales en Internet, los expedientes electrónicos o las notificaciones telemáticas, sino también las nuevas tendencias o tecnologías más recientes. En los términos expuestos la Administración Pública puede incorporar la inteligencia artificial, la *blockchain* y el Internet de las cosas, incluso la combinación de ellas. Parece una exigencia de la época actual su utilización. Esto traerá novedades, cambios y transformaciones en el funcionamiento de la Administración Pública. Desde ese punto de vista se puede hablar de una Administración Pública innovadora⁷⁶. Será necesario también repensar y replantear algunos aspectos sobre su organización y funcionamiento. Aunado a ello hay una característica que no se debe perder de vista, la cual está establecida en la Constitución o las leyes de países de Europa y América. La misma consiste en que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos (otra fórmula es que está al servicio de los intereses generales). De manera que la innovación debe tener un propósito muy claro: servir a los ciudadanos.

No obstante, llevar a la práctica todo este andamiaje tecnológico, jurídico y administrativo implica grandes retos. En ese sentido, la Administración Pública debe planificar y disponer de recursos financieros, materiales y personales. Es necesario ciertamente elaborar planes, determinar los servicios y las actividades que se realizarán, con sus respectivos costos y tiempos. Por otro lado, la Administración Pública debe disponer de dinero suficiente para adquirir tecnologías, software y hardware; de bienes y medios para emplearlos; y de funcionarios públicos conocedores para gestionarlos, o en su caso emprender la formación y capacitación de los mismos en esta materia. Todo esto, como es natural, sujeto a una constante revisión y renovación. No es, pues, cosa sencilla.

En relación con la Administración Pública venezolana, cabe decir que del principio del interés público de la tecnología deviene la exigencia de utilización de las tecnologías explicadas. En la Constitución también está previsto el principio de Administración Pública servicial o que la misma está al servicio de los ciudadanos (artículo 141)⁷⁷.

⁷⁶ Sobre este tema y para conocer otros aspectos, puede verse el siguiente trabajo: Martín Delgado, Isaac. "Hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador. Cinco tesis y una 'anti-tesis' sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración por medios electrónicos en el contexto del procedimiento administrativo". En: Belandria García, José (Coordinador). *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*. Colección Colectivos N° 2. Centro para la Integración y el Derecho Público (CI-DEP) – Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2019. pp. 215 y ss). En particular los siguientes títulos de dicho trabajo: 2.1. Mejorar el acceso exige empezar por el principio. ¿Y qué es el principio si no el interior de la Administración? y 2.2. Un acceso configurado para el ciudadano, un acceso pensado con el ciudadano. Si las plataformas privadas de comercio electrónico funcionan, ¿por qué nos sigue costando acceder a la Administración por medios electrónicos?

⁷⁷ Puede verse al respecto el número 11 de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)* dedicado a esta temática.

Pues bien, proponemos para dar cumplimiento a los referidos principios constitucionales la transformación de la Administración Pública venezolana, teniendo en consideración lo siguiente en todo caso.

En la defensa del principio del interés público de la tecnología y de los principios conexos, el desafío a los veinte años de publicación y entrada en vigencia de la Constitución, en relación con la denominada Administración Pública electrónica o telemática, consiste en transmutar la misma para que sea innovadora y esté al servicio de los ciudadanos. Ello implica que la Administración Pública utilice las tecnologías referidas o incluso otras con una visión de cambio, a los fines de cumplir con su misión servicial o vicarial. Igualmente, en la reconstrucción del Estado venezolano, es un reto aglutinar esfuerzos institucionales y personales para planificar y disponer de recursos en función de esa transformación.

El presente problema teórico, sin embargo, es complejo. Los problemas anteriores relativos al derecho de acceso a Internet y la válida realización del procedimiento administrativo a través de las TIC e Internet, implican menos dificultades. Un juicio equilibrado debe llevar a decir que resolver este problema y configurar una Administración Pública en los términos relatados, de la cual el Derecho Administrativo se encargue, requerirá tiempo y trabajo.

CONCLUSIONES

Con base en el análisis anterior acerca del principio del interés público de la tecnología y de los principios conexos, así como de acuerdo con los desafíos expuestos en la defensa de los mismos, corresponde concluir lo siguiente:

1. La Constitución de 1999 estableció en relación con las tecnologías los siguientes principios: el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones (artículo 110); y la incorporación por los centros educativos del conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías y de sus innovaciones (artículo 108).
2. La Constitución de 1999 asimismo reconoció en torno a las tecnologías las siguientes garantías: la garantía por el Estado del cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica (artículo 110); la garantía por el Estado de redes de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información (artículo 108); y la garantía por el Estado, con los mismos fines, de servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas (artículo 108).
3. Como desarrollo y ejecución jurídica de los principios y garantías constitucionales mencionadas, se ha formado un ordenamiento jurídico para la utilización de las TIC e Internet por la Administración Pública. El mismo, sin embargo, es parcial, carente de acierto y tiene desafíos que afrontar.
4. En el contexto de la Administración Pública electrónica o telemática, en relación con el mencionado ordenamiento jurídico y a partir del conocimiento teórico y práctico de la materia, seleccionamos tres problemas jurídicos merecedores de reflexión. Esos problemas son los siguientes: el acceso a Internet como un derecho subjetivo; la validez del procedimiento administrativo electrónico o no a tenor del

ordenamiento jurídico en vigor; y la configuración de una Administración Pública electrónica o telemática innovadora y al servicio de los ciudadanos. La solución de estas cuestiones representa un desafío para el Estado y la sociedad.

5. En relación con el acceso a Internet, se debe decir que el ordenamiento jurídico establece dicho acceso como una política y una obligación de la Administración Pública. Para dar cumplimiento al principio del interés público de la tecnología y a la garantía de redes de informática, proponemos que se establezca el acceso a Internet como un derecho subjetivo, bajo condiciones asequibles, de calidad y sin discriminación. En nuestra opinión implicará que los órganos de la Administración Pública generen condiciones para que el servicio exista, sea prestado por entidades bajo estándares de calidad, mediante un precio y los particulares puedan acceder al mismo. A los veinte años de publicación y entrada en vigencia de la Constitución, el desafío en la reconstrucción del Estado venezolano consiste en establecer el acceso a Internet como un derecho y en crear condiciones de seguridad jurídica, económicas y técnicas para que el mismo sea una realidad.

6. Por lo que respecta a la validez del procedimiento administrativo electrónico o no a tenor del ordenamiento jurídico en vigor, es preciso decir que en la doctrina del Derecho Administrativo venezolano existen tres tesis al respecto. Las mismas postulan lo siguiente: conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento administrativo en vigor es válido el procedimiento administrativo electrónico en tales términos; puede existir un procedimiento de ese tipo, pero con matizaciones o advertencias en relación con la modificación de ese ordenamiento; y niega la validez del procedimiento en referencia en la medida en que dicha materia es de la reserva legal y por eso prevalece la forma escrita establecida en la LOPA. En nuestra opinión, el procedimiento administrativo electrónico de acuerdo con la legislación en vigor no es válido y la solución para dicho problema jurídico consiste en que una ley nacional regule el mismo. Puede tratarse de una reforma de la LOPA o una nueva ley de procedimientos administrativos. En los términos actuales la realización del procedimiento administrativo por medio de las TIC e Internet implicaría actuar sin apego a la ley, discrecionalidad para el funcionario al elegir qué hacer y el riesgo de violar los derechos de los administrados. A los veinte años de publicación y entrada en vigencia de la Constitución el desafío en la defensa del principio del interés público de la tecnología, de los principios conexos y del principio de legalidad administrativa, en relación con el procedimiento administrativo, consiste en elaborar y hacer realidad una ley de procedimientos administrativos que desarrolle completo el procedimiento administrativo por medio de las TIC e Internet.

7. En cuanto a la configuración de una Administración Pública electrónica o telemática innovadora y al servicio de los ciudadanos, cabe decir que ello va más allá de usar portales en Internet, expedientes electrónicos o notificaciones telemáticas. Hoy en día el reto es mayor. Está a disposición la inteligencia artificial, la *blockchain*, el Internet de las cosas y otras tecnologías provenientes de la denominada cuarta Revolución Industrial, así como aquellas que se creen con posterioridad. Dichas tecnologías pueden ser usadas para la adopción de decisiones administrativas, la prestación de servicios públicos o el funcionamiento de las ciudades (de manera individual o mediante la combinación de las mismas), dando lugar a las *smart ci-*

ties. Esto traerá novedades, cambios y transformaciones en el funcionamiento de la Administración Pública. Por consiguiente, en la defensa del principio del interés público de la tecnología y de los principios conexos, el desafío a los veinte años de publicación y entrada en vigencia de la Constitución, en relación con la denominada Administración Pública electrónica o telemática, consiste en transmutar la misma para que sea innovadora y esté al servicio de los ciudadanos. Ello implica que la Administración Pública utilice las tecnologías expuestas e inclusive otras con una visión de cambio, a los fines de cumplir con su misión servicial o vicarial. Igualmente, en la reconstrucción del Estado venezolano, es un reto aglutinar esfuerzos institucionales y personales para planificar y disponer de recursos en función de esa transformación.

8. Conforme al principio del interés público de la tecnología, el desafío de los órganos del Estado en la utilización de las mismas no se agota en un momento específico o con una actuación determinada. Por el contrario, dicho principio amerita de un espíritu de actualidad y apego a la evolución de las tecnologías. En consecuencia, es un reto constante para el Estado y así se debe afrontar.

9. Los titulares de la función normativa están llamados a tomar parte asimismo en la solución de los problemas descritos. En efecto, desde el punto de vista del Derecho Positivo deben adoptar medidas para el establecimiento del derecho de acceso a Internet, en una ley u otro acto estatal relativo a sus funciones; el desarrollo de un procedimiento administrativo electrónico o telemático a través de una reforma de la LOPA o una nueva ley de procedimientos administrativos; y en fin con la reestructuración del ordenamiento administrativo relacionado con las TIC e Internet en uno coherente, con visión de conjunto y moderno.

10. La Administración Pública y los titulares de los órganos que la integran deben tomar parte igualmente de la solución de los problemas referidos. En ese sentido, los mismos deben planificar y disponer de recursos financieros, materiales y personales. Esto a los fines de mejorar el acceso a Internet (con independencia de que a corto plazo se establezca o no como un derecho); cumplir con el procedimiento administrativo conforme a la ley; y diseñar y ejecutar programas para la formación de los funcionarios públicos en el uso, aprovechamiento y optimización de las TIC, Internet, las tecnologías expuestas y otras futuras.

QUINTA PARTE

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

35. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD

Juan Carlos CASSAGNE*

I. APROXIMACIÓN AL TEMA

En el presente trabajo nos proponemos analizar el principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad desde la perspectiva del derecho público argentino y comparado, particularmente en lo concerniente a su inserción en la materia administrativa y constitucional.

Al realizar este análisis, principalmente dogmático, tomamos como base una de las corrientes filosóficas del iusnaturalismo moderno, denominada Nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN), encabezada por John Finnis, articulada sobre el reconocimiento del carácter eminentemente práctico del derecho (principios de la razón práctica) en un contexto positivo, donde se impone el respeto de los bienes y necesidades humanas básicas, con fundamento en la justicia y en la dimensión moral del derecho¹.

Desde esa óptica, este ensayo se inscribe en la dogmática del proceso de constitucionalización del derecho administrativo vinculado a la primacía de los principios generales del derecho, tendencia incompatible con el activismo judicial que despliegan algunos de los cultores del llamado neoconstitucionalismo, cuyos excesos han sido objeto de autorizadas críticas doctrinarias², tendencia que, sin embargo, no ha llegado a cuajar en una teoría interpretativa o argumental del Derecho lógica y jurídi-

* Profesor Emérito de la UCA y Titular Consulto de la UBA. Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de las Academias de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y Académico Honorario de las Academias Peruana y Mexicana de Derecho.

¹ Véase: Massini Correas, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 35 y ss.

² Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 277 y ss.

camente aceptable, según lo han puesto de relieve Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, entre otros³.

El abordaje de la razonabilidad se ha efectuado, por lo general, como una técnica vinculada al control de legalidad o constitucionalidad de los actos administrativos y de las leyes. Salvo excepciones⁴, la dogmática jurídica no ha reparado en su condición de principio general del derecho ni extraído de esa cualidad las consecuencias que corresponden por su ubicación entre las fuentes del derecho, habiendo incluso ordenamientos que no le reconocen supremacía sobre las leyes.

Esa falencia, producto quizás de las ideas que ha sembrado el positivismo legalista durante el siglo XX, no ha ocurrido, sin embargo, en todos los países, en los que, ya fuere por obra de la jurisprudencia de los jueces y de los órganos encargados de ejercer el control de legalidad sobre los actos estatales (*vgr.* el Consejo de Estado de Francia) y la constitucionalidad de las leyes o bien, por influencia de la doctrina sobre la jurisprudencia, se ha reconocido a los principios generales, desde hace muchos años, una franca superioridad sobre las normas positivas.

La problemática que se plantea requiere algunas puntualizaciones previas, en lo que concierne al lenguaje jurídico y al contenido de los conceptos que utilizamos en este trabajo al referirnos a la estructura del ordenamiento.

II. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios⁵. Suele decirse que las normas representan la faz positiva del ordenamiento, a cuya cabeza se encuentra la Constitución como norma suprema y obligatoria (art. 31 CN). En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir primero qué es una norma y qué constituye un principio jurídico⁶. La tarea si bien puede aparecer dotada de cierta complejidad

³ Desde luego que no todos los que se autocalifican como neo-constitucionalistas son pasibles de la crítica, sino solo los que despojan al derecho positivo vigente de toda virtualidad y obediencia etc., y predicán la existencia de una supuesta teoría no articulada en esquema lógico formal alguno, potenciando al extremo la labor creativa de los jueces. En cambio, el denominado principialismo, como fenómeno del cambio del sistema de las fuentes, no es pasible de esa crítica, aunque hayan adoptado el concepto de algunos prestigiosos publicistas latinoamericanos como Augusto Durán Martínez, en *Neo-constitucionalismo y Derecho Administrativo, La Ley*, Montevideo, 202, p. 30 y ss.

⁴ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª edición actualizada, *cit.*, Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 3 y ss.

⁵ Para un sector de la doctrina española el ordenamiento se integra también con elementos no normativos de naturaleza sociológica (comportamientos, convicciones sociales, etc.), véase: Rebollo Puig, Manuel, "Los principios generales del derecho. Atrevimiento atribulado sobre su concepto, función e inducción", ED, suplemento de Derecho Administrativo, diario del 10/06/2015, Buenos Aires.

⁶ Al referirnos a los principios jurídicos entendemos por tales los principios generales de todo el derecho y los de las distintas ramas, particularmente los pertenecientes al derecho administrativo. La circunstancia de que el art. 1º del CCCN no incluya a los principios generales entre las fuentes del derecho y que su art. 2º les asigne una función interpretativa no obsta a que constituyan, en el plano de la justicia material, una real fuente del derecho alojada en la base del ordenamiento, prevaleciendo sobre las normas aun cuando no tuvieran recepción positiva en la Constitución. Uno de los ejemplos paradigmáticos de este aserto es el principio de la confianza legítima que utiliza la jurisprudencia, incluso la de la Corte Suprema, sin que haya tenido recepción positiva ni en la Constitución o las leyes.

ante las múltiples concepciones y definiciones existentes⁷, resulta relativamente sencilla si nos atenemos a los conceptos básicos que proporcionan la lógica y la filosofía del derecho.

De ahí en más, cabe advertir que la positividad no es patrimonio exclusivo de la norma legal habida cuenta que es posible de crearla por vía consuetudinaria o jurisprudencial y algo similar acontece con los principios que pueden hallarse o no incorporados al ordenamiento legal positivo.

Hay también una jerarquía entre las normas. La norma constitucional prevalece sobre la que tiene su fuente en la ley y lo mismo acontece con respecto a las normas de los tratados que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), que son obligatorias y vinculantes, al igual que los principios que prescriben.

1. *Las normas*

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: a) la descripción del supuesto de hecho, b) el mandato vinculante y c) la consecuencia jurídica. Esta es, digamos, la concepción clásica sobre la norma que, desde luego, admite una serie de matizaciones, según el tipo de norma y las características peculiares de cada disciplina. Por ejemplo, el mandato, en el derecho penal suele hallarse implícito⁸ y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (*vgr.* el interés público)⁹ que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica. También, sobre todo en el derecho administrativo, es posible atribuir a la Administración, salvo en materia de sanciones de naturaleza penal (o de actos de gravamen, en general), el poder de utilizar la facultad discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad. Por cierto, que la atribución legal o reglamentaria de la discrecionalidad de la Administración se encuentra sometida siempre a un control judicial pleno y efectivo para garantizar los derechos de las personas que es el fin principal de la separación de los poderes.

2. *Los principios generales: su diferencia con las normas y los valores. Las directivas*

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su conse-

⁷ Véase: Valim, Rafael, *O principio de segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, Malheiros Editores, San Pablo, 2010, p. 35 y ss.

⁸ El artículo 79 del Código Penal prescribe que “se aplicara reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este Código no se estableciera otra pena”. El supuesto de hecho es la acción de matar a otro (se entiende a una persona), la consecuencia o sanción jurídica la pena de reclusión o prisión y el mandato legal implícito es la prohibición de matar a otro. Los mandatos penales son casi siempre negativos aun cuando prescriben también mandatos positivos como en los llamados delitos de omisión en los que el sujeto debe actuar por imperio de la ley y omite hacerlo (*vgr.* el delito de abandono de personas prescripto en los arts. 106 y 108 del Código Penal).

⁹ Véase: Rodríguez Arana, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, p. 97 y ss.

cuencia se encuentran formuladas “*con similar propósito de precisión*”¹⁰, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción¹¹ que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto¹². Los principios carecen de supuestos de hecho¹³ los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras éstos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción¹⁴ y resultan vinculantes o exigibles. Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin en cuanto apunta a un estándar –que al igual que el principio debe ser observado– pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad. Cuando nos referimos al valor no lo hacemos en el sentido de algo útil sino como equivalente a bien, es decir, algo objetivo que resulta estimable por su cualidad intrínseca que suele ser el centro de un principio jurídico y, en cierto modo, refleja la relación de éste con la ley natural.

En el plano jurídico, la diferencia entre valor y principio dista de ser clara pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse –por ejemplo– que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho exigibles?¹⁵. En suma, todo principio contiene un valor, pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (vgr. la amistad).

¹⁰ Cfr. Durán Martínez, Augusto, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo uruguayo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez”, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2007, pp. 595-596; Vigo, Rodolfo L., “Los principios generales del derecho”, JA 1986-III, 864.

¹¹ Para De Diego la abstracción de los principios es superior a la de las normas correspondiendo su estudio tanto a los filósofos del derecho como a los juristas prácticos, y en un pasaje del prólogo que hiciera a la obra del Del Vecchio afirma: “*Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a éste pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida, prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo la enciñan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados*” (Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 6/7).

¹² Cfr. Duran Martínez, Augusto, *Neoconstitucionalismo ...*, cit. p. 88.

¹³ Prieto Sanchis, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, UNAM-Fontamara, 2ª ed., México, 1997, p. 30/31.

¹⁴ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 286 y ss.

¹⁵ Beladiez Rojo, Margarita, *Los principios jurídicos*, 1ª ed., reimpresión, Tecnos, Madrid, 1997, p. 75 y ss.

Aunque el positivismo no desconoce los valores (ni por ende la moral) ellos son sacados, arbitrariamente, del sistema jurídico al que sólo concibe integrado por normas positivas.

La depuración que pretendió hacer el positivismo (por eso Kelsen denominó a su concepción teoría pura) negando toda relación entre el derecho positivo y el derecho natural, adolece de graves fallas filosóficas, históricas y metodológicas que, recién en este siglo han sido objeto de una refutación completa¹⁶ de parte del iusnaturalismo (a través de la NEDN).

De ese modo, el afán depurador del positivismo kelseniano no da cabida al principio democrático dentro del sistema constitucional. En efecto, si bien Kelsen reconocía a la democracia como un valor, algo que pertenece a su propia esencia, al sostener que la democracia constituye la expresión del relativismo¹⁷ y al no atribuir a la democracia la condición de un principio general del derecho (Kelsen no aceptaba incluir a los principios generales del derecho entre las fuentes del ordenamiento) superior a las leyes, termina legitimando cualquier régimen autoritario (nazismo o fascismo) que fuera elegido por la mayoría del pueblo, ya que siendo todas las verdades relativas no era posible deslegitimar –en el plano de su teoría– un régimen positivo cuyas teorías y prácticas políticas resultan contrarias a la ley natural (que impone, entre otros, los mandatos de no matar, no torturar, no dañar bienes ajenos, etc.). En esta concepción no caben derechos absolutos como el derecho a la vida.

A su vez, uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón¹⁸ radica en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y normas, que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asigna plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que no delegó en el Juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

¹⁶ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 39 y ss.

¹⁷ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. del alemán por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lecambra, Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1934, p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss.

¹⁸ Conf. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 72-73, donde señala que: “En la mayoría de los casos usaré el término ‘principio’ en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera”.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica¹⁹ que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho ya fuera para crear una situación de gravamen como de ventaja, respecto de un particular.

3. *El carácter preceptivo o vinculante de los principios*

Buena parte de la doctrina moderna participa de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía se acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas constituciones. Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos. Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos fundamentales o humanos.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría de Alexy sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización cuando, en realidad, ello es peculiar solo de una clase de principios, que predicen enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad, en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, estándares o directrices de naturaleza política, en el sentido empleado por Dworkin.

La mayoría de los principios generales, son mandatos de aplicación imperativa, ya sean negativos o positivos y existen principios que generan derechos humanos que tienen primacía absoluta sobre otros como el derecho a la vida que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio.

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución.

Dada las múltiples conceptualizaciones que hay sobre el derecho en el mundo jurídico suelen confundirse o identificarse los principios con los derechos y estos, a su vez, con las garantías constitucionales. El derecho público es proclive al uso promiscuo de estos conceptos, pero lo cierto es que hay una libertad de estipulación en el medio doctrinario favorecida por la textura abierta del lenguaje natural que se utiliza y la variedad

¹⁹ Dworkin sostiene que: “Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión”.

de sentidos del término. Sólo el conocimiento teórico-práctico permite saber en qué sentido el juez o el legislador han empleado el concepto (*vgr.* como principio, derecho o garantía) y si el término derecho que utilizamos se refiere al poder jurídico o facultad que habilita la pretensión procesal o a cualquiera de las otras acepciones reconocidas (ej. lo justo o el derecho concebido como ordenamiento).

III. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

La búsqueda del contenido y requisitos del principio de razonabilidad está erizada de dificultades interpretativas y poblada de confusiones doctrinarias y jurisprudenciales que provienen de diferentes concepciones filosóficas y dogmáticas jurídicas.

En la ciencia del derecho, la idea de razonabilidad aparece conectada con la necesidad de encontrar una razón suficiente que justifique la conducta estatal y en este sentido se ha dicho que *“esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento se da y de verdad, cuando tiene fundamento de justicia”*²⁰.

La necesidad de una justificación racional de los actos estatales encuentra fundamento en la causa final del Estado que no es otra que la de realizar el bien general de todos los integrantes de la comunidad a través de la justicia. Así, lo razonable de la acción estatal se encuentra subordinado a la justicia y son precisamente esos criterios de justicia y aun de equidad, los que tienden a mantener el equilibrio, la igualdad y la consecuente proporción en las prestaciones a cargo del Estado, además de otros valores significativos como el orden, la paz y la solidaridad social.

Una visión inicial del principio de razonabilidad no puede desprenderse de la lógica formal que debe traducir todo juicio, la cual no debe confundirse con la técnica de la argumentación que regida por las reglas y criterios de la dialéctica o de la retórica, permite establecer la verdad o falsedad de las premisas y las conclusiones.

También se han señalado las dificultades que existen para distinguir la razonabilidad de la proporcionalidad y que en un sentido amplio basta con expresar *“...que la razonabilidad, por un lado, importa la concurrencia de razones que sostengan una vinculación entre medios y fines, mientras que la proporcionalidad, por otro lado, implica una ecuación entre ventajas y desventajas o beneficios y perjuicios, restricciones y realizaciones...”*²¹.

Nos parece que la separación entre ambos principios a la luz de la realidad es mucho más compleja, pues aparte de una relación de genero-especie, los respectivos núcleos de los conceptos jurídicos se superponen, no solo entre ellos, sino con otros principios generales del derecho o meramente sectoriales del derecho administrativo.

Todo lo expuesto, revela la necesidad de reformular la teoría sobre el principio de razonabilidad de modo que armonice con el sistema de cada país y el mundo de la filosofía práctica.

²⁰ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes...*, cit. p. 108.

²¹ Cianciardo, Juan y Romero, Maximiliano J., *Limitación a los derechos constitucionales y control de razonabilidad*, en el *Tratado de los Derechos Constitucionales*, t. I, (dir. Julio César Rivera), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 426.

La argumentación jurídica está en el foco de la razonabilidad pues configura una práctica racional que requiere determinar cuáles son los criterios que justifican la actividad estatal (ya sea administrativa, legislativa o judicial). Se trata de exigencias de validez jurídica o de requisitos requeridos para la justificación de un acto estatal que pertenecen a la llamada teoría de la argumentación. En este campo, los filósofos del derecho dedican mayor atención al control de la actividad judicial que a las demás funciones materiales del Estado (administrativa y legislativa), en las que existen razones similares que ameritan a la necesidad de justificar la actuación estatal.

Por otra parte, aun cuando los principios básicos de la lógica ocupan un lugar inexcusable en el razonamiento jurídico (no contradicción, identidad, tercero excluido, razón suficiente), ellos son necesarios, pero resultan insuficientes a la hora de justificar racionalmente una decisión estatal.

La cuestión ha sido objeto de profundos estudios en el campo de la filosofía del derecho, cuyos autores se han ocupado, de la justificación racional de la legislación²² y de las sentencias de los jueces²³ y muy poco de la actividad de la Administración, que se expresa a través de actos administrativos de alcance individual.

Esos requisitos de justificación racional se extienden a la actividad jurisdiccional y reglamentaria de la Administración, pero, en otros casos, ellos precisan adaptarse a las peculiaridades de la función material que cumple la Administración.

De ese modo, en numerosas actividades administrativas la decisión racional aparece predeterminada por la técnica (las órdenes de tránsito que dan los semáforos) y en otros resulta irrazonable o imposible exigirla (una orden policial para desviar el tráfico a raíz de un incendio). Empero, de esas situaciones en la que se desplaza la exigencia de motivación, no se desprende que las decisiones administrativas puedan dejar de ser racionales, aunque no fuera posible cumplir con el requisito formal de la motivación.

Lo expuesto resulta de gran interés en la práctica administrativa habida cuenta que el principio de razonabilidad ha tenido recepción en los ordenamientos que regulan el procedimiento administrativo en los países de Iberoamérica, como lo ha señalado Brewer-Carías, en un trabajo específico sobre el tema²⁴.

Entre esos ordenamientos se destaca la prescripción contenida en la ley peruana, en cuanto dispone que “las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen informes, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”²⁵.

²² Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 95.

²³ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2015, p. 249 y ss.

²⁴ Brewer-Carías, Allan R., “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (Ley 27.444)” en *Derecho Pucp, Revista de la Facultad de Derecho* N° 67, Lima, 2011, p. 47 y ss., puntualiza la importancia del control de razonabilidad para limitar los excesos del poder discrecional de la Administración en distintas legislaciones latinoamericanas.

²⁵ Ley 27.444, art. 4.1.4 de Procedimiento Administrativo General de Perú.

En cualquier caso, tratándose de actos administrativos, no hay que confundir el substracto de la razonabilidad que constituye la causa y el fin del acto administrativo con su motivación, que es un requisito formal referido a la expresión de la causa y el fin (los motivos) que persigue la decisión administrativa²⁶.

1. *Trascendencia y peculiaridades del principio de razonabilidad*

La vigencia del principio de razonabilidad, como principio general del derecho, se impone por su carácter universal e informador y hallarse en la base del ordenamiento.

Dado que el núcleo de la razonabilidad se vincula a la justicia y a la circunstancia de que ésta ha sido concebida desde la filosofía clásica (Aristóteles y Santo Tomás) hasta en el moderno iusnaturalismo como una relación de igualdad, no es de extrañar que la jurisprudencia (particularmente norteamericana y la de nuestra Corte Suprema hasta época reciente) haya asimilado ambas nociones (igualdad y razonabilidad).

En este sentido, una de las corrientes aplicativas del principio de razonabilidad se orientó por relacionar su violación dentro del llamado debido proceso sustantivo del derecho norteamericano que, de últimas, capta el principio dentro de dos especies de razonabilidad: en la selección y en la ponderación²⁷. A su vez, el criterio del balance de conveniencia que es utilizado para determinar la razonabilidad de la ponderación en la obra de Linares guarda analogía con uno de los tres subprincipios del moderno principio de proporcionalidad (el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto)²⁸, que se verá más adelante.

La circunstancia de que la razonabilidad haya tenido origen jurisprudencial en el debido proceso (adjetivo y sustantivo) del derecho norteamericano, en el que no aparece claro el deslinde entre los aspectos procesales (garantía de la defensa) y los de fondo o sustantivos (garantía de la igualdad de los derechos) ha generado no pocas confusiones en cuanto al fundamento en el que debe basarse la declaración de inconstitucionalidad de un acto, norma o sentencia.

Lo cierto es que, la razonabilidad constituye una suerte de meta principio general del derecho, abarcativo de otros principios como la igualdad, la protección del contenido sustancial de los derechos, la interdicción de arbitrariedad y el principio de proporcionalidad.

Hasta se ha acudido, en la legislación argentina y comparada clásicas a la locución de lo “*justo y razonable*”²⁹, llegándose a asimilar lo justo a la justicia conmutativa y lo razonable a la justicia distributiva, lo que a nuestro juicio implica un enfoque erróneo dado que ambas especies de justicia se relacionan con la igualdad, aun cuando la relación intersubjetiva que genera lo debido se mida según una proporción distinta (que en la distributiva es geométrica), teniendo en cuenta, además, que siendo categorías de la justicia particular, la justicia distributiva no puede consistir, exclusivamente, en la justi-

²⁶ Vid. nuestro Acto Administrativo, 3ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 243-248.

²⁷ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes...*, cit. pp. 111-125.

²⁸ *Ibidem*, p. 116.

²⁹ Bielsa, Rafael, “La locución “justo y razonable” en el derecho y en la jurisprudencia”, *Revista de la Facultad de Ciencias, Económicas, Comerciales y Políticas*, Santa Fe, 1938, pp. 5-18.

cia del gobernante³⁰, perteneciendo ambas especies a la justicia general o legal³¹. La razonabilidad no es un criterio de distinción entre la justicia conmutativa y distributiva, ya que, en ambas especies, la razonabilidad es una exigencia de la justicia, con la que se asimila³². Se trata, nada más y nada menos, de la aplicación correcta de la teoría de la justicia de origen aristotélico y perfeccionada por Santo Tomás, según la cual su justicia consiste siempre en una proporción que guarda conformidad con la razón, teniendo en cuenta que la primera norma de la razón son los principios evidentes de la ley natural (lo primero: *hacer el bien y evitar el mal*).

Desde esa visión, es posible optar por un sentido amplio de razonabilidad que resulte comprensivo de una amplia gama de principios generales del derecho en cuanto todos se originan en un núcleo común representado por la justicia (ej. protección del contenido sustancial de los derechos constitucionales, de la igualdad, prohibición de arbitrariedad, proporcionalidad etc.) como razón suficiente y otro sentido más restringido que la identifica estrictamente con el principio de proporcionalidad (Alexy) de raigambre doctrinaria y jurisprudencial³³, que se integra con los tres conocidos subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto), el cual no resulta totalmente opuesto³⁴ al concepto amplio de razonabilidad antes señalado.

2. *Los requisitos de justificación racional*

La moderna cultura ius publicista, que se ha ido gestando a través de la evolución operada en las instituciones del Estado de Derecho (en sus diferentes versiones o modelos), exige que las acciones del poder público deban ser racionalmente justificadas o motivadas. Esta exigencia hunde sus raíces en el derecho natural histórico que se inclina por el gobierno de la ley y no el de los hombres (en el antiguo derecho español se decía que era mejor que mandase la ley y no el buen Rey) y se traduce en la necesidad del imperio de la razón y de la justicia en los actos de los gobernantes, con antecedentes aristotélicos conocidos.

De otra parte, al hallarse emparentada la razonabilidad en sentido amplio y, en particular, el principio de proporcionalidad (razonabilidad en sentido estricto) con otros principios y técnicas jurídicas (ej. exceso y desviación de poder, error manifiesto, arbitrariedad etc.)³⁵, surge la conveniencia de articular una estructura dogmática lógica y

³⁰ Cfr. Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 243 y ss., opinión que venimos sosteniendo desde nuestras primeras aproximaciones al tema; véase nuestro libro *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional-Administrativo)*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 28 y ss.

³¹ Véase: Massini-Correas, Carlos Ignacio, *Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis...* cit., p. 141; señala al respecto que, conforme a la interpretación finnisiana “el esquema tomista de la justicia resultaría el siguiente: la justicia general, que sería en rigor toda justicia, se subdividiría en dos especies particulares, la distributiva y conmutativa, que tendrán aplicación entre personas y grupos particulares como en las que tienen al Estado como uno de sus términos”.

³² El propio Bielsa así lo reconoce en *Estudios del Derecho Público*, Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 485, cuando dice que lo razonable es aquello arreglado y justo, conforme a la razón.

³³ Véase: Blanke, Hermann-Josef, “El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano”, *RDA* 69:603, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, especialmente p. 610 y ss.

³⁴ Aberastury, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2016, p. 118.

³⁵ Barnes, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, N° 135, Madrid, 1994, p. 497-498.

coherente de los requisitos de validez jurídica (justificación racional) que comprenda las distintas tipologías que presenta el vicio de irrazonabilidad, tanto en el ámbito de la violación de las leyes formales y materiales, como de los preceptos constitucionales y principios generales del derecho de carácter nacional o supranacional, que servirán para determinar los criterios que deben guiar el control de la razonabilidad.

En general, aunque hay excepciones, la dogmática jurídica se ha ocupado preferentemente de los test o criterios que deben utilizar los jueces para formular sus juicios sobre la razonabilidad de actos y reglamentos administrativos, leyes y sentencias de tribunales inferiores, sin incursionar la temática de los requisitos de validez jurídica o justificación racional de los restantes actos de los poderes públicos (*vgr.* actos administrativos).

En adición a este enfoque hay un aspecto garantístico adjetivo del control judicial que, por vincularse vínculo con la efectividad de la tutela judicial del principio de razonabilidad, no debiera ser soslayado. Se trata de la cuestión de la carga de la prueba³⁶, en cabeza de quien alega su violación que, indudablemente, debe invertirse en las llamadas categorías sospechosas o en tiempos de pandemia, habida cuenta las dificultades técnicas que presenta la colección probatoria por parte de los damnificados, además de la desproporción existente entre los objetivos garantísticos de los derechos fundamentales y los fines que persigue la Administración.

Resulta paradójico que hayan sido los filósofos del derecho antes que los juristas que manejan la dogmática y la jurisprudencia, quienes se hayan ocupado con mayor intensidad, últimamente, del abordaje de los requisitos de justificación racional de las normas y de las sentencias, susceptibles de extrapolarse a la actividad materialmente administrativa.

En ese plano, se han propuesto distintos requisitos, los cuales coexisten y se interrelacionan sin que hayan tenido recepción en el derecho positivo, permaneciendo muchos de ellos en el subconsciente de las argumentaciones de los jueces. Así han aparecido, desde una descripción simplificada de tipos de justificación racional (conmutativa o lingüística, jurídica formal o sistemática, pragmática y ética)³⁷, hasta otra más completa formulada por Vigo sobre la racionalidad³⁸ (orgánica, procedimental, sistémica, lógica-lingüística, teleológica, científica, sociológica, axiológica, fáctica, intencional). Dichas variables deben pasar por el filtro de “*un juicio prudencial o persuasivo o de un juicio ponderativo*”³⁹, pues a la hora de tener que zanjarse cualquier conflicto interpretativo o aplicativo del derecho se impone la técnica de la ponderación, que conduce a valorar el peso de los argumentos⁴⁰.

³⁶ Véase el excelente artículo de Bianchi, Alberto B., y Sacristán, Estela, “Salud versus libertad personal: ¿es esa la cuestión? (Un reexamen del control de razonabilidad a propósito del Covid-19)”, *El Derecho*, *Revista de Derecho Administrativo*, junio 2020, N° 6, (ED-CMXXI-421).

³⁷ Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1977, p. 95 y ss.

³⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 249 y ss.

³⁹ *Ibidem* p. 265-266.

⁴⁰ *Ibidem* p. 266.

A propósito de la pandemia provocada por la enfermedad del Covid-19, el derecho de excepción que nace dentro de los Estados de Emergencia, de Urgencia o de Alarma (o como se los denomine en el respectivo ordenamiento), que implica el desplazamiento transitorio de la legislación ordinaria y la eventual suspensión de los derechos fundamentales abre paso a nuevas exigencias garantísticas de los derechos fundamentales. En tal sentido, la regla que rijan la actuación del Estado ha de ser que de cara a la suspensión de la legalidad corresponde el aumento de las exigencias de la justificación racional de la acción del Estado (a menor legalidad mayores exigencias de razonabilidad) con inversión de la carga de la prueba y admisión plena del control de discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados⁴¹, así como de la oportunidad y conveniencia.

En efecto, como se ha postulado en la doctrina de nuestro derecho público⁴², es menester que la Corte Suprema abandone la anquilosada jurisprudencia⁴³, que considera que el juez carece de potestad para juzgar la oportunidad o conveniencia de las leyes o de los actos administrativos o reglamentos de los gobernantes, reiterada en innumerables ocasiones para justificar decisiones que implicaron verdaderas denegaciones de justicia con el argumento de que “*el tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes...*”⁴⁴.

Como se ha dicho “*con la monotonía que otorga la tranquilidad de invocar un principio ya establecido*”⁴⁵, esa frase volcada parcialmente en el caso “Inchauspe” sirvió como fundamento en muchísimos precedentes posteriores⁴⁶, particularmente en la sentencia pronunciada en “Cine Callao”⁴⁷ de 1960.

Al respecto, se trata de una interpretación judicial equivocada de la jurisprudencia sentada por la propia Corte en “Inchauspe”, ya que, de la lectura de ese precedente, después del párrafo que se ha transcripto (que la Corte utiliza como si fuera un axioma vinculante), se desprende que el Alto Tribunal ha realizado el control constitucional de razonabilidad de la ley que creó la Junta Nacional de Carnes. Porque una cosa es decir que el Tribunal no puede sustituir su propio criterio de conveniencia al del Parlamento y otra muy diferente es sostener que “*las razones expuestas por los miembros de ambas Cámaras legislativas; la calurosa defensa de la ley públicamente hecha por todas las asociaciones ganaderas del país; la circunstancia de que no se hayan promovido otras demandas ni se hicieran otras protestas que no fueran de adhesión a la ley y de repudio a la acción intentada por los muy contados ganaderos disidentes y el aumento de los precios de las carnes que siguieron a la aplicación de la ley...*”⁴⁸.

⁴¹ Véase: Corvalán, Juan Gustavo, *Derecho Administrativo en transición*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 69 y ss., especialmente p. 97 y ss.

⁴² Bianchi, Alberto B. y Sacristán, Estela, *Salud versus libertad personal...*, cit.

⁴³ El precedente que originó esa jurisprudencia fue, sin duda, el caso “Inchauspe” de 1944, Fallos: 199:483.

⁴⁴ *Ibidem* p. 529-531.

⁴⁵ Bianchi, Alberto B. y Sacristán, Estela, *Salud versus libertad personal...*, cit.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Fallos: 247:121.

⁴⁸ Fallos 199:483. *Vid*: Considerando VII.

Ello demuestra que la Corte ejerció, en ese caso, el control de razonabilidad en base a un juicio hecho “sobre la técnica social de la ley y su sentido de justicia racional”⁴⁹.

La circunstancia de que la Corte haya subvertido “a posteriori”, el alcance de la doctrina sustentada en el caso “Inchauspe”, no justifica la errónea extrapolación de una frase sacada del contexto del fallo y de su conclusión, tal como ocurrió en el caso “Cine Callao”⁵⁰. Ello, incluso, contradice la doctrina que había sostenido que era un error del Alto Tribunal suponer que la Corte no puede juzgar, en ejercicio del control judicial de razonabilidad, “acerca de la conveniencia y eficacia económica y social...”⁵¹ y de los medios empleados por la ley, debiendo limitarse a un control sobre la validez formal de las leyes.

En definitiva, aunque autorizada doctrina haya considerado que procede la averiguación de “un acierto mínimo en cuanto a los medios escogidos por el legislador para conseguir los fines de la ley”⁵², la tergiversación de la doctrina “Inchauspe” hecha por la Corte en los casos posteriores, ha pasado casi desapercibida en la doctrina constitucional, dejando a salvo la correctísima crítica formulada por Bianchi y Sacristán en el artículo antes referido.

3. Extensión del contenido de la concepción amplia de la razonabilidad

El análisis del contenido de la noción amplia del principio de razonabilidad requeriría su tratamiento en una obra de mayor envergadura, algo que no nos proponemos hacer en esta oportunidad. No obstante, resumiremos la serie de principios y subprincipios derivados del principio de razonabilidad o estrechamente vinculados al mismo.

Básicamente, el principio de razonabilidad en sentido amplio abarca:

a) La protección del contenido sustancial de los derechos y garantías constitucionales, que es el verdadero sentido que le atribuyó Alberdi en su proyecto de Constitución a la fuente del precepto actual (art. 28 C.N.), adelantándose en muchos años a la recepción de este derecho en las cartas constitucionales de Alemania y España⁵³ (arts. 19.2 LF y 53.1 CE);

b) La razonabilidad en la selección, relacionada con la violación del principio de igualdad, en particular de la igualdad ante la ley, que obliga a que frente a antecedentes iguales se imputen consecuencias iguales⁵⁴;

c) La razonabilidad ponderativa, que demanda una proporción racional, en base a un balance de conveniencia entre los medios y los fines⁵⁵;

⁴⁹ Cfr. Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes...*, cit., p. 202.

⁵⁰ Fallos: 247:121.

⁵¹ Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes...*, cit., p. 138.

⁵² Sagués, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 920-921.

⁵³ Cfr. Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Abaco, Buenos Aires, 2006, p. 41.

⁵⁴ Linares, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional, Razonabilidad de las leyes*, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 152.

⁵⁵ *Ídem*, p. 150-151, esta especie de razonabilidad aparece también en el tercero de los subprincipios de proporcionalidad bajo el nombre de proporcionalidad en sentido estricto.

- d) La prohibición de arbitrariedad, y;
- e) El principio de proporcionalidad.

De estos dos últimos contenidos (d. y b.), nos ocuparemos a continuación.

IV. EL CONCEPTO DE ARBITRARIEDAD

En muchas ocasiones, el lenguaje jurídico se presta a equívocos por el hecho de su formación natural, máxime cuando los juristas no se ponen de acuerdo acerca de la utilización de convenciones *ad hoc* para definir los conceptos.

Por ejemplo, si alguien afirma que el poder discrecional implica dictar un acto arbitrario está utilizando tan sólo una de las acepciones del término lingüístico que consiste en la facultad de elegir una solución con preferencia a otra. Pero, al mismo tiempo, como se trata de conceptos análogos (en el sentido que no son necesariamente opuestos ni iguales) también se puede definir la arbitrariedad como el acto contrario a la razón, producto de la mera voluntad o capricho del funcionario, que es el sentido de mayor empleo convencional en el mundo jurídico.

El concepto de “arbitrariedad” (tal como se define, en una de sus acepciones, en el Diccionario Panhispánico del español jurídico de la RAE) corresponde al de “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho”. En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad⁵⁶, antaño conocida en España como “ley del encaje”⁵⁷, cuyo significado figura en antiguos diccionarios franceses⁵⁸, que la definen como “la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza”⁵⁹.

En suma, el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario⁶⁰, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad⁶¹.

⁵⁶ Aunque el proceder discrecional –en uno de los sentidos del término– pueda ser arbitrario.

⁵⁷ En España, la referencia más antigua que sepamos se remonta al *Quijote* de Cervantes. Al respecto, en la edición que conmemoró el IV Centenario de *Don Quijote de la Mancha* de la Real Academia Española (Madrid, 2004) se alude dos veces a la expresión “ley del encaje” (Primera Parte, Cap. XI y Segunda Parte, Cap. XLII) como equivalente a la sentencia arbitraria (p. 98, nota 17) o al hecho de juzgar con arbitrariedad (p. 869, nota 29). A su vez, en el *Diccionario de la Lengua Española*, la ley del encaje se describe como una forma coloquial apareciendo referida al “*dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen*”.

⁵⁸ En el *Nouveau Dictionnaire* de Sobrino, *Français, Espagnol et Latin*, por François Cornon, t. II, A Anvers, Aux Défens de Piestre & Delamolliere, París, 1789, p. 512, se define “la ley del encaje”, como la “ley que un juez interpreta según su capricho, la resolución que toma él mismo, sin tener en cuenta lo que las leyes ordenan” indicando que su equivalente en latín era *lex ad arbitrium excogitato*, es decir, algo así como la ley imaginada u originada en la voluntad de uno mismo.

⁵⁹ *Cfr.* Cejador y Franca, Julio S. J., *La lengua de Cervantes: Gramática y Diccionario de la Lengua Castellana en el Ingenioso Hidalgo D. Quijote de la Mancha*, obra premiada en el certamen público abierto por el Ateneo de Madrid con ocasión del III Centenario de la publicación del “*Quijote*”, t. 2, J. Rates, Madrid, 1906, p. 441.

⁶⁰ Hay autores que consideran que la esencia de la arbitrariedad radica “en sustituir la voluntad de la ley por la personal del funcionario” (*Cfr.* Luqui, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2005).

Una situación similar se plantea acerca de lo que se entiende por irrazonabilidad⁶² ya que es posible sostener que implica una actuación injusta (en el sentido de afectar al valor justicia o a los principios generales del derecho) o bien, una actividad contraria a la razón y, como tal, contradictoria o absurda, en el plano lógico. En uno u otro caso, la irrazonabilidad integra el contenido de la arbitrariedad y tal es el sentido que se desprende de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya que, en otros, el Alto Tribunal utiliza ambos términos como sinónimos⁶³.

V. LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

Una vez perfilado el concepto de arbitrariedad que, en el caso de la Administración, comprende toda actuación administrativa contraria a la justicia, la razón o la ley, veamos cuál es el fundamento de la regla que la prohíbe, concebida como un principio general derivado de los textos constitucionales.

Una primera regla de hermenéutica, que cuenta con aceptación general en la doctrina y jurisprudencia, enseña que las prescripciones constitucionales no deben interpretarse en forma literal sino, fundamentalmente, en atención a los fines que persiguen, máxime cuando se trata de principios generales o de garantías jurídicas.

Así, por ejemplo, el principio que consagra la garantía del debido proceso (art. 18 CN) se ha extendido a la defensa de los derechos de los particulares frente a la Administración⁶⁴ y lo mismo ocurre con el principio de la tutela judicial efectiva⁶⁵, cuya proyección, en sede administrativa, ha sido destacada por la doctrina⁶⁶.

Si bien no hay en la nuestra un texto tan preciso como el que se encuentra en la Constitución española (art. 103.1 que prescribe que la Administración debe actuar “con

⁶¹ Véase: Brewer-Carías, Allan R., “Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano R. Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 622 y ss., con otra terminología, pero en la misma orientación doctrinaria que desarrollamos señala como límites a la discrecionalidad a los principios de proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad y justicia.

⁶² El *Diccionario de la Real Academia Española* no recoge los términos “razonabilidad” e “irrazonabilidad”, aunque sí define la racionalidad e irracionalidad. Los primeros son valores convencionales entendidos que utilizan comúnmente los juristas, como en otros casos (v.g. el término “ejecutoriedad”).

⁶³ La afirmación del texto no refleja, sin embargo, unanimidad doctrinaria ya que algunos piensan que la arbitrariedad configura un vicio diferente al de irrazonabilidad, más vinculado al objeto del acto administrativo que a sus fines; véase: Tawil, Guido S., “La desviación de poder. ¿Noción en crisis?”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 11.

⁶⁴ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4^o ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 673 y ss.

⁶⁵ Sesín, Domingo, *Administración pública, actividad reglada...*, cit., p. 34-37, Aberastury, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 37 y ss.; Cassagne, Juan Carlos, “*Perspectivas de la justicia contencioso-administrativa argentina en el siglo XXI*”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, t. X, Diké, Mendoza, 2004, p. 39-42.

⁶⁶ Perrino, Pablo E., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia contencioso-administrativa*, *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 257 y ss.; Canosa, Armando N., “El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 50-51.

sometimiento pleno a la ley y al Derecho”) existe en el ordenamiento constitucional argentino un precepto que permite afirmar que el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional.

Por de pronto, el principio contenido en el art. 19 de la CN contiene dos mandatos trascendentes. Mientras el primero prescribe que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”, el segundo dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Esta segunda parte del art. 19 de la CN, destinada a la esfera pública de las personas (en el sentido de acciones exteriores), al prescribir que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe” contiene un mandato dirigido tanto a la Administración como al juez. Va de suyo que el precepto constitucional contiene un mandato implícito ya que si nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda (en todos los aspectos en que se concibe la arbitrariedad) es porque los funcionarios (en su caso) de la Administración tienen prohibido dictar órdenes o emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Este principio constitucional implícito (la prohibición de arbitrariedad), no suficientemente destacado en nuestro derecho, es, indudablemente, una pieza fundamental de la protección de las libertades y demás derechos que consagra la Constitución (el que también se extiende a la arbitrariedad judicial).

La fuente histórica mediata y positiva de esta segunda parte del art. 19 de la CN se encuentra en el art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que establece: “La ley sólo tiene el derecho de prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo aquello que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene”.

Cabe advertir que la filiación filosófica del precepto no constituye una creación original de los convencionales de la Francia revolucionaria ni de Rousseau, sino que tiene su fuente doctrinaria en la obra de Montesquieu, a través de las concepciones que expuso en El espíritu de las leyes, como lo reconocieron, en su momento, autores franceses que defendían ideas tan opuestas como Hauriou y Duguit⁶⁷.

Resulta claro que Montesquieu, en la primera parte de su genial ensayo, luego de afirmar que “las leyes, en su más amplia significación, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas” (Libro I, Cap. I), se refiere tanto a la ley natural (puntualizando algunos principios que hoy día son considerados principios de justicia o de derecho natural, según la concepción que se adopte) como a la ley humana o positiva, en varios pasajes de su ensayo. Tal fue, en líneas generales, la filosofía en que se inspiró Alberdi al redactar el Proyecto que sirvió de base para la Constitución de 1853⁶⁸.

⁶⁷ Hauriou, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923, p. 91 y Duguit, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Boccard, Paris, 1923, p. 373.

⁶⁸ Alberdi recibió la influencia de Montesquieu al redactar las *Bases* y el Proyecto que sirvió de fuente a la Constitución de 1853. Sostiene Alberdi que “es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un pueblo...” y se pregunta si “sería ley la voluntad general expresada por un Congreso

Esos antecedentes tienen, pues, una importancia capital para desentrañar el correcto sentido que corresponde atribuir al art. 19 de la CN en el que el concepto de ley ha de interpretarse o integrarse combinando, según las circunstancias, la ley positiva con el derecho o la justicia. Al respecto, cabe advertir que el Preámbulo de nuestra Constitución, muy similar al de la Constitución norteamericana, difiere en el objetivo de afianzar la justicia, “como valor, la justicia como fin”, aspecto certeramente destacado por Vanossi⁶⁹, marcando un principio que coadyuva y refuerza la posición institucional del juez argentino para controlar la arbitrariedad administrativa que, en una de sus principales acepciones, es todo acto contrario a la razonabilidad o justicia.

Para que la norma cobre sentido razonable dentro del contexto constitucional, conforme a la hermenéutica histórico-filosófica descrita, resulta evidente que, si nadie está obligado a hacer lo que la ley o el derecho no mandan, la Administración no puede ordenar conductas contrarias a la ley ni al derecho ni privar de lo que la ley (en sentido amplio) no prohíbe. En otros términos, al estar la Administración sujeta a la ley y al derecho, el precepto contiene la regla de la prohibición de arbitrariedad que se configura, de ese modo, como un principio general de derecho público.

VI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal, el principio que manda que todos los actos estatales sean razonables y que los derechos fundamentales o humanos de las personas no puedan ser alterados por las leyes del Congreso (arts. 17, 18, 19 y 28 CN) configura una garantía constitucional⁷⁰ que protege a los particulares de los excesos y arbitrariedades estatales. Su aplicación en el derecho argentino no puede ceñirse a los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional norteamericana.

La ausencia de fórmulas dogmáticas (prescriptivas) en el derecho norteamericano para interpretar judicialmente cuando una ley debe reputarse violatoria de la garantía de razonabilidad (denominada ‘debido proceso sustantivo’) obedece al riesgo que implica sentar un precedente, el cual, conforme al principio del *stare decisis* constituye una regla obligatoria para los tribunales inferiores.

Nuestra Corte Suprema tampoco ha terminado de consagrar una formulación precisa del razonamiento judicial que hay que hacer para declarar la inconstitucionalidad de una norma violatoria de la garantía de la razonabilidad, señalando la iniquidad manifiesta de la ley⁷¹, la invocación genérica de la garantía del art. 28 CN a la proporcionali-

Constituyente que obligase a todos los argentinos a pensar con sus rodillas y no con su cabeza?” para concluir citando una frase de Rivadavia que alude a la falsa ilusión que padece el legislador cuando pretende que por obra de su voluntad pueda cambiar “la naturaleza de las cosas” (Alberdi, Juan Bautista, Bases, 4ª ed., Plus Ultra, San Pablo, 1984, Cap. XVII). Más adelante, habla de las leyes naturales que debe observar el constituyente.

⁶⁹ Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 80. Después de recordar que mientras el preámbulo de la Constitución de Filadelfia habla de “constituir la justicia” anota que “En cambio, nosotros decimos “afianzar la justicia” porque utilizamos en nuestro preámbulo la palabra “justicia” con un sentido totalmente distinto: no es la justicia como tribunal o como simple administración de justicia, tal como está en el preámbulo norteamericano, sino la justicia como valor, la justicia como fin” (op. cit., p. 79-80).

⁷⁰ Véase: Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes...cit.*, p. 205 y ss.

⁷¹ Fallos 306:1560 (1984), entre otros.

dad entre el medio empleado y el fin elegido para la implementación de la norma⁷², criterio éste último que, en algunos casos, puede resultar insuficiente. En cambio, la Corte ha sido más precisa en el juzgamiento de la afectación del principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) que, como antes se ha puntualizado, constituye una especie que integra la razonabilidad.

Sin embargo, un sector de la doctrina del derecho público, ante la ausencia de formulaciones que brinden una mayor seguridad jurídica a los justiciables, propicia aplicar los subprincipios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia alemanas acerca del principio de proporcionalidad⁷³.

Este principio, se ha considerado equivalente al principio de razonabilidad⁷⁴ e incluso al debido proceso sustantivo del derecho norteamericano que, con diferente articulación, rige prácticamente en toda Europa continental y, por cierto, en el derecho supranacional de la Unión Europea⁷⁵, traduciendo una aplicación de la justicia que obra como límite a las restricciones que alteran los derechos fundamentales o humanos. Se integra con tres subprincipios: a) adecuación; b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto. En España, donde el Tribunal Constitucional considera que el principio de proporcionalidad ocasiones, reduciendo su contenido a la proporcionalidad en sentido estricto⁷⁶.

El juicio de adecuación supone valorar la idoneidad o aptitud del medio empleado para alcanzar la finalidad perseguida con su dictado, en la medida que la decisión judicial (*ex ante*)⁷⁷ sea razonable y conforme a la naturaleza de las cosas⁷⁸. Al respecto, la exigencia que el juicio de adecuación sea el realizado al tiempo de dictarse la norma para que sea legítimo y no *ex post* ha sido pasible de objeciones⁷⁹ pues resulta evidente que existen normas que, siendo idóneas o útiles al momento de su dictado, no lo son en el momento en que se cuestionan judicialmente⁸⁰.

⁷² Fallos 325:32 (2002), in re “Smith”, especialmente Considerando 15°.

⁷³ Sola, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional*, cit., t. II, p. 598 y ss. y Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 430, respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España; y nuestro libro *Los grandes principios...*, cit. p. 174 y ss.

⁷⁴ Véase Coviello, Pedro J. J., *El principio de razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el Derecho Público argentino*, Reda N° 75, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 14-17, uno de los mejores trabajos escritos en el derecho administrativo argentino sobre el tema.

⁷⁵ Barnés Vázquez, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, N° 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss.

⁷⁶ Barnés Vázquez, Javier, “Introducción al principio...”, cit., p. 531.

⁷⁷ Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 279.

⁷⁸ Barnés Vázquez, Javier, “Introducción al principio...”, cit., p. 503.

⁷⁹ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad...*, cit., p. 73.

⁸⁰ Cfr. Didier, María Marta, *El principio de igualdad en las normas jurídicas*, 1ª ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, hace referencia al voto del juez Carlos Fayt en Fallos 311:2272 (1984), en el que consideró irrazonable en la actualidad el requisito de la nacionalidad argentina para ejercer la docencia. Para nosotros, si el precepto era de 1980, la irrazonabilidad también existía al momento de dictarse la norma pues la integración de los inmigrantes ya se había operado en la Argentina.

El fin elegido debe ser, en todos los casos, un fin que no colisione con la Constitución ni con los principios generales del derecho, sean de origen nacional o provenientes de los tratados internacionales de derechos humanos.

A su vez, el juicio acerca de la necesidad (segundo subprincipio) exige valorar “si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces”⁸¹ y que “la restricción impuesta por la norma resulta necesaria si no hubiera otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia”⁸².

En rigor, el juicio de proporcionalidad constituye un aspecto o faceta del principio de razonabilidad, ya que este principio tiene un contenido mayor al abarcar la interdicción de arbitrariedad, la violación de la igualdad y, sobre todo, la no afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales (su verdadero sentido) que corresponde atribuir al art. 28 de la C.N.

Es claro que el test de igualdad es el primero que hay que hacer en el orden cronológico y que las diferencias con el test de proporcionalidad son advertibles en cuanto al razonamiento sobre la igualdad, transita en el plano del presupuesto de hecho contemplado por la norma y está orientado a la justificación racional de un criterio objetivo de diferenciación, mientras que el juicio de proporcionalidad corresponde al examen de la consecuencia jurídica, es decir, si el trato diferenciado resulta adecuado, necesario y proporcional⁸³, valorando y ponderando los efectos negativos que produce un acto, ley o sentencia, sobre las libertades y derechos fundamentales o humanos.

Como se ha puntualizado, la postura que ha asumido —en muchas ocasiones— la Corte Suprema argentina en materia de control de razonabilidad de las leyes es restrictiva en cuanto parte de un axioma dogmático que no encuentra su anclaje en la propia Constitución, amparándose en la fórmula genérica de que entre sus facultades no se encuentra la de juzgar la oportunidad o conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador⁸⁴, en la inteligencia de que tal proceder resulta violatorio del principio de separación de poderes.

Reiterando lo dicho *ut supra*, no se trata, en la mayoría de los casos, de emitir un juicio sobre la oportunidad o conveniencia de la medida en sí misma, sino de juzgar en forma prudencial, en base a los principios de justicia, si la necesidad que conduce al dictado no resulta arbitraria y se ajusta a pautas mínimas de razonabilidad en punto a su eficacia. En otros términos, si existen otras medidas que resulten idóneas que sean menos gravosas de los derechos fundamentales, tal como aconteció en los pocos casos en los que el Alto Tribunal juzgó lo concerniente a la necesidad de la medida cuestionada⁸⁵.

⁸¹ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad...*, cit., p. 79.

⁸² Barnés Vázquez, Javier, “Introducción al principio...”, cit., p. 505.

⁸³ Cfr. Barnes, Javier, *Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades*, Cuadernos de Derecho Público N° 5, INAP, Madrid, 1998, p. 338.

⁸⁴ Véase: Luqui, Roberto E., *Revisión judicial...*, cit., t. I, p. 238/241 y Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad...*, cit., p. 80 y los fallos de la Corte que cita.

⁸⁵ *In re* “Gottschau, Evelyn Patricia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad s/amparo”, Fallos 329:2986 (2006); véase también Didier, María Marta, *El principio de igualdad...*, cit., p. 69.

El tercer subprincipio se centra en el análisis de la proporcionalidad estricta y supone un juicio de valoración acerca de “si los medios elegidos y el sacrificio que generan sobre los ciudadanos (costes) compensan o guardan una relación razonable o proporcional con los beneficios que de su aplicación resultarían para el interés general”⁸⁶.

Con buen criterio, se ha sostenido que el principio de proporcionalidad no debe limitarse a la realización de un balance entre costos y beneficios, sin antes valorar si la restricción afecta o no el contenido esencial de un derecho fundamental⁸⁷, que en España y Alemania configura una garantía constitucional⁸⁸.

Finalmente, cabe advertir que la construcción germánica del principio de proporcionalidad queda afuera de ese marco conceptual que configura la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 19.2 de la LF) cuyo fundamento se prefiere radicar en el Estado de Derecho, a diferencia de lo que ocurre en nuestra experiencia judicial en la que, en algunas ocasiones, aparece vinculado a la garantía de la razonabilidad del art. 28 CN, tal como lo ha destacado la doctrina vernácula, aunque se admite que se trata de dos pasos de hermenéutica distintos pues “una cosa es la razonabilidad de la medida como contrapeso de costos y beneficios y otra la razonabilidad entendida como no alteración de los derechos en juego”⁸⁹.

En efecto, en la Corte Suprema se ha sustentado el criterio que vincula la razonabilidad con la garantía de inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales al expresar que “... cuando la sustancia de un derecho constitucional se ve aniquilada por las normas que lo reglamentan ni las circunstancias de emergencia son atendibles, incluso en el terreno patrimonial”⁹⁰.

CONCLUSIONES

El principio de razonabilidad se configura en el derecho moderno como una suerte de meta-principio que alberga diferentes principios subordinados o, al menos, que guardan cierta vinculación con el mismo, ya sea, en el plano estrictamente procesal o adjetivo como sustantivo o de fondo.

De acuerdo con esa categorización no puede menos que decirse que se trata de un principio universal enraizado en el Estado de Derecho y orientado, por tanto, a la protección de las libertades y demás derechos fundamentales o humanos de los ciudadanos. Su fundamento se encuentra en la justicia que proviene del derecho natural, pues su aplicación demanda acudir a los primeros principios que constituyen la base del orden jurídico a través de la razón práctica.

⁸⁶ Barnés Vázquez, Javier, “Introducción al principio...”, *cit.*, p. 507.

⁸⁷ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad...*, *cit.*, p. 99.

⁸⁸ En Alemania existe como garantía constitucional la interdicción de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales por parte de las leyes (art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn) y lo mismo acontece en España (art. 53.1 de la CE).

⁸⁹ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad...*, *cit.*, p. 98; en el mismo sentido: Didier, María Marta, *El principio de igualdad...*, *cit.*, p. 63.

⁹⁰ Fallos 318:1894 (1995), considerando 12 del voto de los ministros Fayt, Petracchi y Boggiano en el caso “Dessy”.

Al radicarse en la base del ordenamiento, el principio de razonabilidad cumple la función de guiar e informar los demás principios y las normas exigiendo que ellas se encuentren suficientemente motivadas a través de razonamientos lógicos y justos.

En el campo rico y abonado que presenta hoy día el panorama de los principios generales en el derecho público se suele olvidar que su origen se remonta a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, hacia el final del siglo XIX, como lo advirtió, en su momento, Laferrière y lo desarrolló admirablemente Rivero al culminar la segunda guerra mundial, en uno de los trabajos pioneros sobre el tema⁹¹, que hoy ha cobrado actualidad.

La vigencia del principio de razonabilidad en la jurisprudencia y doctrina moderna europea e hispanoamericana⁹² se encuentra consolidada en la mayoría de los países, cuya cultura jurídica tiene raíces similares a través de la construcción de una de sus derivaciones principales que pone acento en el principio de proporcionalidad, a través las técnicas de la argumentación⁹³, que demanda que las sentencias y las leyes se encuentren racionalmente justificadas, como asimismo, las decisiones materialmente administrativas de los poderes públicos.

En línea con lo venimos sosteniendo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha acogido el principio de proporcionalidad en algunos casos puntuales⁹⁴, habiendo también emitido una Acordada⁹⁵ exhortativa para orientar la jurisprudencia de los tribunales inferiores, lo que preanuncia un desarrollo generalizado del principio en el futuro, máxime en la situación de emergencia que ha provocado la pandemia que actualmente padecemos, en la que resulta necesario el respeto irrestricto por la dignidad de la persona humana y del principio “*pro homine*” o pro persona⁹⁶ como eje del control de razonabilidad en sentido amplio.

⁹¹ Rivero, Jean, “Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo”, publicado en *RAP* N° 6, Madrid, 1951.

⁹² Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 7ª edición, actualizada por Roberto Enrique Luqui, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 2895 y ss.

⁹³ Véase: Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación)...*, cit., p. 245 y ss. y Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Interpretación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 159 y ss.

⁹⁴ En la causa “Silva” (Causa N° 58) de fecha 3/11/2015 al analizar la razonabilidad o proporcionalidad de las intervenciones telefónicas, se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación (Cap. V) que recoge dicho principio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*ob. cit.* “Escher vs. Brasil”). Con posterioridad, la Corte adoptó en forma directa los tres “subprincipios” en la Acordada 17/2019 de fecha 19 de junio de dicho año (Considerando V).

⁹⁵ Acordada 19/2019.

⁹⁶ Béjar Rivera, José Luis, *Estado de Derecho, cooperación, juridicidad y proporcionalidad en el derecho administrativo. Reflexiones sobre el pensamiento de Eberhard Schmidt-Assmann*, en la obra *Perspectivas de una reforma*. Estudios de Derecho Administrativo a partir de la *Obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 242.

36. LAS BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS

Salvatore CHIARACANE*

Resumen: El contexto específico más apropiado para entender características y esencia de los principios es el campo del Derecho, y, más específicamente, el Derecho administrativo, cuyo surgimiento, según fundadores y teóricos, se debe a la exigencia de proteger el derecho de las personas, antes desamparadas frente a los abusos de poder, y representando los principios la concreción de esa función. La protección otorgada, desde el derecho a la vida hasta el disfrute de los servicios públicos, consta de distintas articulaciones, en el ámbito de cada ordenamiento estatal, en dimensiones distintas de país a país, recibiendo los principios nombre y apellido para cada función: principio de legalidad, proporcionalidad, eficacia, celeridad, etc., pero quedando a salvo la escasa o nula efectividad.

Palabras claves: Principios – Derecho – Procedimiento administrativo – Persona – Protección.

Abstract: The most appropriate specific context to understand the essence and characteristics of the principles is administrative law. As stated by its founders and theorists, the origins of the field lie in the urgency of protecting the individuals, previously defenseless against power abuse, and the principles indeed represent the form to realize this purpose. The granted protection, from the right to life to the use of public services, consists of different formulations within the national legal systems, according to dimensions that vary from country to country. The principles are given a full name for each of their functions: principle of legality, proportionality, principle of effectiveness, principle of speed, etc., while their reduced or no efficacy remains in question.

Key words: Principles – Law – Administrative Procedure – Individual – Protection.

INTRODUCCIÓN

Quinto Horacio Flaco (65 a. C.- 08 a. C.) consideraba una mala práctica empezar cualquier tipo de relato echando el cuento *ab ovo*, es decir, en su propio idioma, desde el más remoto origen, debido a que ese ilustre personaje –autor, del primer manual para enseñar a escribir cartas y poemas conocido como *Ars Poetica o Epistula ad Pisones*– estaba convencido de que, para hablar de la guerra de Troya no era necesario explicar cuándo, cómo y porqué y de cuál de los huevos gemelos de Leda habría nacido Helena,

* Abogado. Doctor in Law & International Relations; Magister en Ciencias Políticas, mención Desarrollo Regional; Especialización en Derecho Administrativo; Profesor contratado en Universidad Bicentenario de Aragua, Universidad Arturo Michelena, Universidad José Antonio Páez, Universidad Fermín Toro. Correo electrónico: salchiaracane@gmail.com

supuesta causante del enfrentamiento bélico entre los griegos y los troyanos¹. Es mejor, sugiere el mismo Horacio, ofrecer al lector el relato de los eventos ubicándolo, sin preámbulo alguno, *in medias res*, es decir, en el medio de la guerra o de cualquier otro acontecimiento, siempre y cuando, a decir del poeta latino, quien lea no tenga dificultad para entender los acontecimientos y los argumentos por estar suficientemente empapado de ellos².

Siguiendo la recomendación de Horacio, aquí cabe poner en claro y explicitar, preliminarmente, el significado que la palabra *principio* ha adquirido en el léxico cotidiano, a solas o combinada con algún tipo de sintagma, inclusive en la forma plural del término, sin olvidar –para quedar igualmente bien con Massimo Severo Giannini, quien sugiere complementar el sentido cultural de un término con la explicación técnica³–, que es necesario extenderse, luego, en la búsqueda, razonada y concisa, aun somera, de la conexión temática con el ámbito del derecho administrativo, por lo menos en la parte relacionada con la protección del derecho de las personas, de tal manera que el interlocutor, sea cual fuere el bagaje de sus conocimientos, se ubique y se disponga en las mejores condiciones posibles para optimizar y disfrutar al máximo los pretendidos nuevos aportes en la materia.

No hay nada mejor que el Diccionario de la Real Academia española para aclarar que la palabra “principio”⁴ es entendida y es definida, entre las opciones que parecen mejor adaptarse al tema de la investigación, como “*base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia*”, o como “*cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias y las artes*”, y también como “*norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta*”, usado más en plural.

Mientras que el significado técnico de los principios, sea cual fuere el campo o sector de su desenvolvimiento, ha sido, por lo general, explicado como si se tratara de una fórmula, de una disposición contentiva de un enunciado programático, o, por decirlo en términos más científicos, de una clave o de un algoritmo, y lo único que faltaría por identificar sería el problema, o la clase de problemas, que se busca solucionar, o el encriptado archivo o el mundo desconocido a los cuales se busca tener acceso. Al ponerlos en relación, luego, con la sociología, con la ciencia jurídico-política y con tantas otras ciencias o técnicas susceptibles de conformar una más amplia perspectiva interdisciplinaria, los principios han quedado ubicados en el ámbito de los conceptos y fenómenos que oscilan entre lo institucional y lo social, con el entendido de que su fin último no sería otro sino la compleja realización de actos u actividades encaminadas a resolver de alguna manera las fundamentales exigencias individuales y colectivas de los integrantes del grupo comunitario o social.

Unas tales exigencias no pueden sino estar relacionadas con la existencia de pretensiones específicas las cuales, derivadas de unos principios, enmarcados, por una parte, en el ámbito de un ordenamiento jurídico, y encaminados a configurar, por otra par-

¹ Quinto Horacio Flaco (65 a. C. – 08 a. C.), *Ars Poetica*, verso 147.

² *Idem*.

³ Giannini, M. S. *Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p.3 ss.

⁴ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vocablo “principio”, Madrid, 1992.

te, un sistema de protección en favor de personas bajo los parámetros muy peculiares de la instrumentalización del procedimiento administrativo en el ámbito del cual la Administración pública sigue ejerciendo y defendiendo sus prerrogativas, es consecuencial que los mencionados principios reciban la denominación, no solamente de principios jurídicos sino también de principios del procedimiento administrativo para la protección de personas frente a las prerrogativas de la Administración pública.

Enunciado en los referidos términos el tema de investigación hay que evitar confusión o equivocación, y, a tal fin, es preciso destacar que los principios allí aludidos tienen una ubicación sistemática, unas funciones, unas finalidades y una operatividad tales como para determinar rasgos y caracterizaciones muy específicas e inconfundibles, y son, por esa razón, totalmente distintos de otros principios, los cuales, utilizados en distintos lexemas –como, por ejemplo, principios general del ordenamiento o principios fundamentales– participan de la funcionalidad de otros distintos sectores y otras diferentes ramas del ordenamiento jurídico. El destino de los principios de protección incorporados al derecho administrativo determina que esos principios se constituyan en esencia de la juridicidad del ordenamiento y en garantía de que las prerrogativas de la Administración pública no se salgan de los límites que el Estado de derecho establece en función del respeto de la centralidad democrática y de la dignidad del hombre.

Aun cuando no se puede excluir que existan en el mundo jurídico principios que coincidan en algunos de los rubros identificativos, esto no quiere decir, por sí solo, que la doctrina y la jurisprudencia se hayan equivocado o confundido en el descubrimiento e identificación de nuevos principios, sino que es posible que existan principios los cuales, con prescindencia de la denominación atribuida, ejerzan diferentes roles y distintas funciones en contextos diferentes. Es el caso, por ejemplo, de determinados principios generales del derecho que al ser incorporados sucesivamente en Constituciones aprobadas después de su implementación, han sido asumidos con la misma denominación bajo el distinto rubro de principios constitucionales. Lo mismo puede suceder, y ha sucedido, con principios que han surgido como fundamentales en relación con los derechos humanos por haber sido reflejados como tales en las declaraciones, locales o internacionales, que han surgido antes de la llegada de las Constituciones, pero han sido sucesivamente incorporados a las Constituciones, convirtiéndose también en principio constitucionales. Se ha sostenido, por ejemplo, que los principios fundantes del derecho administrativo no son sino el reflejo de los principios fundamentales contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y como tales han sido, sucesivamente, incorporados en los preámbulos de las Constituciones francesas.

No hay, por lo tanto, posibilidad de confusión. Es muy difícil que, respecto de los principios, se pueda incurrir en la misma inquietud que José Luis Villar Palasi expresaba en relación con el concepto y la definición de servicio público⁵, para llegar a decir, parafraseando el Matías Pascal de Pirandello, que una de las pocas cosas, es más, tal vez la única cosa que el servicio público sabe de sí mismo es que se llama servicio público. En el mismo sentido crítico, H. L. A. Hart se refería a la problemática relacionada con el concepto de derecho, comparándola con la dificultad que enfrenta quien afirma poder reconocer a un elefante al verlo, pero sin tener la capacidad de definirlo⁶. Otra

⁵ Cónfer Villar Palasi, José Luis. Prólogo a José Luis Meilán Gil, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, XVI.

⁶ Hart, H. L. A., *The concept of Law*, Oxford University Press (OUP), Oxford, 2012, pp. 13-14.

cosa, según advierte el propio Villar Palasi, es “el riesgo de sacar conclusiones peregrinas y falsas al investigar una parcela aislada del derecho administrativo, un tema concreto y singular, sin tener siempre presente la totalidad cardinal del ordenamiento”⁷.

No puede, en todo caso, faltar, en la premisa introductoria, la oportuna advertencia de acuerdo a la cual, si se quiere evitar de afectar de alguna manera la investigación, sea cual fuere el objeto y el ámbito relacionado, hay que apartarse de la tendencia a utilizar términos modernos para referirse a conceptos antiguos, o la de referirse a conceptos antiguos para soportar términos utilizados en épocas sucesivas y hasta modernas. Es necesario captar y nunca perder de vista el sentido propio, tenido, adquirido o mantenido, por cada uno de los términos y conceptos, respectivamente, en cada uno de los períodos objeto de investigación (Fernández Sebastián, J. 2014:35-64)⁸.

En este sentido, es preferible estar del lado de aquellos científicos o historiadores o, mejor dicho, de aquella ciencia o historiografía, la cual, sin alguna pretensión de estar enganchada a alguna específica escuela o etiqueta, se guía por el principio de acuerdo al cual la utilización del término, o del sentido conceptual correspondiente, puede ser válida y eficaz, en el ámbito de contextos temporales anteriores, posteriores o, en todo caso, distintos, siempre y cuando se considere que se trata únicamente de una ficción que permita comprender, *mutatis mutandis*, fenómenos que, cuando empezaron a surgir y a ser representados, no tenían ni fundamento conceptual ni base terminológica. En otros términos, figuras o construcciones encaminadas a insertarse o adaptarse en el contexto social, ya sea actual o anterior, no pueden entenderse si no se tiene percepción exacta y objetiva del rol que esos fenómenos hayan estado desarrollando –asumiendo, eventual y circunstancialmente, roles institucionales– en el contexto y en el tiempo en el cual se originaron o en el ámbito del retículo de interrelaciones que se habrían generado (Fernández Sebastian, J. 2014:35-64)⁹.

Quien no cumpla con esas recomendaciones, va a correr con el riesgo de caer en la equivocación de atribuir caracterización universal a sugestivas circunstancias que pueden estar rodeando local, temporal y reductivamente, determinados fenómenos históricos, científicos o sociales, como sucede, por ejemplo, con la impresión manifestada, limitadamente a la situación del Derecho administrativo al comienzo de la república alemana, por Otto Mayer, a través de la frase: “el derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece”¹⁰.

De atribuirse esa caracterización al Derecho administrativo alemán de todos los tiempos o, peor aún, a todo el Derecho administrativo en sentido universal, habría que comenzar, primero, a tratar de entender si eso es lo mismo que hablar de continuidad administrativa y discontinuidad constitucional, para intentar explicar, luego, su compatibilidad o contradicción con el criterio manifestado por Carl Schmitt, el cual calificó

⁷ Prólogo de Villar Palasi, José Luis a *Progreso tecnológico y Servicios públicos*, Meilán Gil, José Luis, Thomson Civitas, 2006.

⁸ Fernández Sebastián, J. “Historia, historiografía, historicidad. Conciencia histórica y cambio conceptual”. En Suárez-Cortina, M. coord. *Europa del Sur y América Latina: perspectivas historiográficas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014, pp. 35-64.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Ibler, M., “Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, N° 50-51, p. 9.

como “legislación motorizada” las leyes referidas al Derecho administrativo alemán generado a través del incalculable conjunto de normas de Derecho administrativo contenidas en las denominadas “leyes de medida” que empezaron a ser producidas después y en consecuencia de la reformas establecidas en la Constitución de Weimar de 1919¹¹.

No queda, finalmente, sino focalizar la atención, la búsqueda y la exposición, en dirección del momento, la forma y el contexto –anterior, concomitante o sucesivo al surgimiento del derecho administrativo– en que los principios del procedimiento administrativo aparecieron y se mantuvieron operativos en el sector de la Administración pública en su condición de garantes de la protección de los derechos de las personas, dejando rastro tanto en el funcionamiento y la estructura del Estado de derecho, como en la ciencia del Derecho administrativo y la ciencia jurídica, sea cual fuere el lugar o el ordenamiento jurídico que tuvo atribuida la primacía.

I. EL ORIGEN

1. *El hombre*

Si se quiere hablar del origen, fundamentalmente temporal antes que causal o factual, de cualquier cosa, evento, hecho o situación, hay que empezar con señalar, detalladamente, fecha, lugar, circunstancias y caracterizaciones que le correspondan.

Se nos ha dicho, por ejemplo, que, con base en la secuencia expuesta en la Biblia, para aquellos, obviamente, que confiaran en la autenticidad del relato hubo quien, siguiendo ese relato, y, de manera concreta, el arzobispo anglicano James Ussher (1581-1656)¹², o, según otros (A. White, 1897:9)¹³, John Lightfoot, director del Colegio Santa Caterina de Cambridge –fundamentándose, también, en rigurosos cálculos “nanométricos”, es decir, caracterizados por una precisión más que milimétrica, cercana ya no a la milésima parte sino al millón de millonésima parte del metro en que consiste el nanómetro, y efectuados alrededor de descendencias familiares, patriarcales o tribales a partir de Adán– lograra sentar el criterio de acuerdo al cual el mundo se creó a las 9 de la mañana del día 23 de octubre del año 4004 a. C. y, después de tres días, se creó la humanidad, mientras que, entre otros detalles, Adán y Eva fueron expulsados del Paraíso el día 10 de noviembre de ese mismo año y el diluvio universal finalizó el miércoles 5 de mayo del año 2348 a. C., de tal manera que no solamente el mundo cultural sino también el científico, por lo menos hasta finales del siglo XVII, consideraban como edad más o menos exacta de la vida de la tierra un período no superior a cinco-seis mil años.

El problema es que, al desarrollarse, algunos siglos después, la ciencia geológica, se derrumbaron totalmente la medición del tiempo bíblico y los cálculos nanométricos en que aquella se fundamentaba, por chocar abiertamente con los datos científicos. En efecto, la ciencia dijo y sigue diciendo, ahora y hasta ahora, que la edad de la tierra ro-

¹¹ García de Enterría, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 40, Madrid, 1963, p. 202.

¹² Ussher, J. “Annales Veteris Testamenti a prima mundi origine deducti, Londini”: Ex Oficina G. Flesher, 1650; *The Annals of the World*, Vol. IV, New York, Master Books, 1658.

¹³ White, A. *A History of Warfare of Science with Theology in Christendom*, Appleton & Co., London, 1897, p. 9.

de los 4.500 millones de años, mientras que el Universo, incluyendo la Galaxia de la vía Láctea, tiene una edad tres veces mayor, es decir, alrededor de doce mil millones de años.

Por lo que se refiere, específicamente, a la aparición del ser humano, la ciencia nos dice que hay que ubicarla, con buena probabilidad y aproximación, en la fase final del período Cuaternario (que va desde hace 2,5 millones de años atrás hasta hoy) con el cual concluye la Era Cenozoica (se extiende desde hace 66 millones de años atrás hasta hoy), antes del desemboque en la época actual, aparte de que, a través de los registros fósiles respectivos, ha sido posible colegir, no solamente que los dinosaurios se extinguieron hace unos 65 millones de años atrás, sino también que la presencia humana es sucesiva de más de sesenta millones de años a la desaparición de los dinosaurios (Tarbuck y Lutgens, 2005: 275)¹⁴.

Con base en esos y unos cuantos más cálculos similares, ha sido posible colegir que la persona, el hombre o, si se quiere, el *Homo sapiens*, empezó, presumiblemente, a tejer sus relaciones, alrededor del último par de millones de años, tanto como para que en algún puntico de esa millonada de fracciones temporales se encuentra necesariamente enfrascado, junto a los antecedentes necesarios del establecimiento del derecho y de la comunidad organizada, el surgimiento de la protección del derecho de las personas, ajustado a la dimensión del Derecho administrativo.

Mientras que, por lo que se refiere a la identificación entre hombre y persona, es suficiente aclarar, aún sea de paso, que la persona se considera tal, propio en consecuencia de la condición, o, si se quiere, la conformación o esencia fundamentalmente humana, asignada por la naturaleza y reconocida como tal a todo individuo por igual. Convicción esa, que empezó a ser compartida en el mundo civilizado a partir del momento en que, en el curso de la época que se ha dado en llamar moderna, la conversión de todo hombre en persona, dejando, algunos, de ser cosas, se hizo efectiva junto a la atribución, o habilitación, de un conjunto creciente, en cantidad y calidad, de especiales prerrogativas. Ésta es también la postura sostenida por Cassagne¹⁵, el cual pero tiene a bien precisar, al respecto, que representaría una aporía, es decir una contradicción insoluble, el hecho de que el positivismo haya sostenido que la persona sea una creación del derecho, criticando, de esa manera, los postulados teóricos de Hans Kelsen¹⁶, de acuerdo al cual la que se ha dado en llamar persona física no sería un hombre sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen a ese hombre derechos y obligaciones, resultando ser, por lo tanto, ya no una realidad natural sino una construcción jurídica del derecho.

Por otra parte, el término de persona (física) ha sido utilizado, en sentido común y, a veces hasta en textos científicos, como sinónimo o equivalente de ciudadano. En realidad, el ciudadano no es un individuo o un sujeto perteneciente a una categoría distinta o especial de personas. Es suficiente señalar, al respecto, por lo que aquí cabe, que,

¹⁴ Tarbuck, E. y Lutgens, F. “Ciencias de la tierra”, *Ibidem*, cap. 9, pp. 275-278.

¹⁵ Cassagne, J. C. “El Nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico”, en *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 2, N° 1, Curitiba jan-abr. 2015, pp. 167-224.

¹⁶ Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*, 1960, Traducción de Mario G. Losano: *La dottrina pura del diritto*, Tirino, Einaudi, 1966.

bajo la perspectiva histórica, social y jurídica, la estrecha vinculación del término de persona y su entrelazamiento con la figura de la ciudadanía –hoy sinónimo o equivalente de nacionalidad, que representa tanto el conjunto de los ciudadanos, o de los nacionales, como la razón de su agrupación o conformación–, no determina por eso mismo la configuración de una categoría privilegiada de personas, sino que refleja el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser admitidos en alguna sociedad, comunidad o algún otro modelo de consorcio humano –tal y como, en sentido macro, ciudad (antes, polis, civitas, urbs), nación, estado y asentamientos respectivos– a los fines de participar de los beneficios, y también cargas, que esa admisión determina y con exclusión para quien no rellenara los requisitos estatutariamente exigidos. Admisión y exclusión tienen que respetar, obviamente, los límites que los propios principios de protección de las personas establecen para evitar perjuicios y privilegios innecesarios e injustificados.

Corolario inevitable de lo antes dicho es que, sin excepción alguna, son personas tanto los ciudadanos como los sujetos que, respecto de una determinada entidad cívica o nacional, no son ciudadanos, mientras que no se puede excluir que haya personas que, respecto de una determinada entidad cívica o nacional, no sean ciudadanos, aun cuando nada obsta para que la persona que no sea ciudadano, al cumplir con los requisitos estatutariamente exigidos, se le considere también ciudadano y sea admitido, como tal, a participar de los beneficios, y también cargas, que la inclusión en la ciudadanía determina, violándose, en caso contrario, los mencionados principios de protección de la persona.

Al retomar el camino hacia la búsqueda de su bienestar, el hombre va recorriendo épocas y espacios interminables, llegando, finalmente, a los últimos siglos del presente milenio, que es cuando comienza a vislumbrarse la configuración paulatina y progresiva de la titularidad, las atribuciones y el ejercicio de las pretensiones, a través de las cuales, los hombres, como fundadores de las sociedades modernas, siguieron intentando, en primer lugar, modelar, en sentido descriptivo y funcional, el conjunto de descubrimientos que, a partir de épocas mucho más antiguas y aún bajo distintas expresiones idiomáticas, llamaron derechos, activándose, luego, como representantes de las comunidades política, social y jurídicamente organizadas, para extender, en sentido tendencialmente inclusivo, y hasta en sentido universal, el alcance de los mencionados derechos, siendo su objetivo principal el bienestar personal de cada sujeto de derecho, la armonización de las relaciones entre todos los individuos y, finalmente, la construcción de la nueva sociedad, tanto nacional como global, utilizando, a tal fin, fórmulas, estructuras, instituciones y bases constitucionales tendencialmente uniformes aunque adaptadas a realidades culturales y espaciales distintas.

Bajo la concepción del Estado liberal, reflejo del Estado de derecho y heredero del absolutismo, llegaron a configurarse y concretarse para ser transcritos en verdaderos y propios enunciados formales y prescriptivos, los llamados derechos de libertad o “libertades civiles”, reflejando situaciones jurídicas activas, asumidas como expresiones de la libertad individual contrapuesta al poder estatal, y dirigidas, efectivamente, a proteger y garantizar la libertad de la persona en todos los sectores principales de la vida individual y social, tales y como estadía, movimiento, pensamiento, religión y economía, de tal manera que, siendo imprescindible para su ejercicio la exclusión de cual-

quier intromisión limitativa o coercitiva por parte del poder estatal, se llegó a considerarlas como “libertades negativas” (De Vergottini, G. 1993: 167)¹⁷.

Los derechos de la persona van asumiendo, luego, formas concretas de aplicación y experimentación, distintas, articuladas y complejas, en función del apaciguamiento de un número siempre creciente de exigencias de la persona tanto en su individualidad como en su conjunto organizado. Por esa razón, se habla, en una primera fase, sucesiva a la anterior, de derechos políticos, y, en una segunda fase, de derechos sociales, en consecuencia de la nueva plataforma conceptual, política y social, que se fue implementando después de que el absolutismo fuera desplazado por la soberanía popular, la cual, asentada en un instrumento más que legal, es decir, con jerarquía normativa superior a la de cualquier ley o norma del Estado de derecho, determina, en correspondencia, a su vez, de la evolución del principio liberal de legalidad en el principio de supremacía constitucional, no solamente el avenimiento de la Carta constitucional sino también el surgimiento del Estado democrático que debe su nombre propio a la mencionada soberanía. Los derechos políticos están encaminados a permitir la participación política a través de instrumentos electorales y asociativos, mientras que los derechos sociales, reflejo de las que se dio en llamar “libertades positivas” (De Vergottini, G. 1993: 167)¹⁸, no son sino las pretensiones de todo ciudadano a gozar de los servicios prestados de manera individual y plenamente satisfactoria por el Estado, con los recursos disponibles o a toda costa conseguibles, sobre todo en materia laboral, asistencial, sanitaria, educacional y cultural, en búsqueda de la plena felicidad.

2. *La revolución*

En términos generales, se puede decir que es muy radicada la convicción de acuerdo con la cual la situación, el contexto y, más que todo, el sistema en el cual se desenvuelve cualquier tipo de derecho deje siempre al descubierto, es decir en entredicho, en cada época, en cada espacio y bajo cualquier circunstancia, la posibilidad de entender hasta qué punto el derecho pretendido o prometido sea suficientemente protegido, garantizado o hecho efectivo.

Si se quiere saber, por ejemplo, como está protegido, en el ámbito de un determinado ordenamiento jurídico, el derecho de propiedad de las personas respecto de los ataques de cualquier particular, no cabe duda que las normas apropiadas están adecuadamente configuradas en la parte del código civil y del código de procedimiento civil, reservadas, respectivamente, a definición y concepto de derecho de propiedad y su forma de protección ante la autoridad jurisdiccional civilmente o penalmente competente, dependiendo del tipo de agresión. En este caso, el sistema, o, mejor dicho, el ordenamiento jurídico de ese sistema teóricamente protege el derecho de propiedad, quedando a salvo la eventual inefectividad o el mal funcionamiento del sistema por mala aplicación.

Pero cuando se procede a investigar, documentar y analizar las formas, especialmente las más novedosas, con las cuales se ha estado desarrollando la protección de los derechos de la persona, es inevitable dirigir la mirada al arco de tiempo marcado por las

¹⁷ De Vergottini, G. *Diritto Costituzionale comparato*, CEDAM, Napoli, 1993, p. 167.

¹⁸ *Idem*.

revoluciones que, en pleno setecientos, estallaron de manera repetida e insistente, por no decir simultáneamente, en Francia, resto de Europa y Latinoamérica, toda vez que, en esa época, una gran cantidad de destacados protagonistas junto a una enorme multitud de simples integrantes del mundo social y político, dio con el intento de experimentar, por no decir inventar, la posibilidad de convertir en formas operativas el proyecto finalizado a procurar, asegurar, garantizar, defender y proteger una gran masa de aspiraciones, progresiva y paulatinamente convertidas en pretensiones, hacia un modelo de vida que atribuyera a cada hombre el máximo de la libertad, o libertades, posible, junto a la total, o casi, ausencia de imposiciones y vínculos por parte de otro hombre.

Para conformarse con los nuevos postulados, los sistemas de gobierno instaurados por los revolucionarios tuvieron que buscar, sobre todo, la forma de atender y satisfacer las pretensiones derivadas de los principios de libertad, igualdad y dignidad, originariamente reflejados en las declaraciones de los derechos, y, asimismo, la manera concreta de dar, luego, ejecución a todo lo que necesitara la sociedad para vivir de la mejor forma posible, tanto individual como colectivamente. No cabe duda, por ejemplo, que, por lo que se refiere a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ese documento, representativo de la expresión de las instancias colectivas en contra de los abusos de la tiranía absolutista, fue la base para la construcción de un nuevo sistema prevalentemente dirigido a la protección de los derechos allí reflejados. Sobre esa base se fueron modelando las Constituciones. Igualmente, se fue configurando sobre esa base una rama de derecho, inexistente en ese momento, para buscar el equilibrio entre las nuevas pretensiones y las nuevas autoridades.

Por lo que se refiere, específicamente, a fecha, lugar y entorno susceptibles de comprobar, más que caracterizar, el surgimiento de un fenómeno nuevo encaminado a revolucionar también el sistema de derecho hasta ese momento conocido, sabemos con exactitud que el día 28 de diciembre de 1798, resulta haber sido utilizado, por primera vez, el lexema “derecho administrativo”, aún en los términos idiomáticos de “*droit administratif*”, en correspondencia con el país de origen, Francia, donde Thomas Metivier, un profesor de veintisiete años, por lo demás sin alguna otra referencia que la de su condición de encargado de la clase de legislación en una escuela departamental, procedió a ampliar el programa habitual sobre derechos y deberes de gobernantes y gobernados, agregando un material considerado pertinente, conexo y novedoso, que, de manera abrupta e inmediata, es decir sin pensarlo o explicarlo ni siquiera una sola vez, decidió identificar con la etiqueta de “*droit administratif*”¹⁹.

Aun siendo ésta la única significativa hazaña que, dentro y fuera de la práctica académica, administrativa o científica, se le conoce al mencionado enseñante, tan precario, además, como por haber sido sustituido en su modesta tarea unos pocos meses después, no cabe duda que la carga sintomática de lo que representa esa fecha y su entorno, concurra a integrar –también porque no es la única disponible, sino que hay más y con mejores significaciones– el contexto histórico, social y jurídico en el cual se vislumbra y se

¹⁹ Mestre, J. L. Aux origines de l’enseignement du droit administrative: le “Cours de législation administrative” de Portiez de l’Oise (1808) in *Revue Française de droit administrative*, 1993, 244; Mannori, L. y Sordi, B., *Storia del diritto amministrativo*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 277; Sandulli, A., *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*. Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 3.

define el surgimiento de lo que a partir de entonces conocemos como Derecho administrativo, con su corolario de procedimientos y principios destinados a proteger los derechos que han sido considerados inherentes a toda persona.

Ese mismo arco de tiempo, por ejemplo, estuvo marcado por extraordinarios progresos en el campo científico, tecnológico y social, junto a los correspondientes avances que caracterizaron la llamada revolución industrial²⁰. Del contagio, reflejo o influencia de ese clima no pudo haber sido apartada la Universidad, la ciencia jurídica y el mundo a su alrededor. El año 1805 fue uno de esos momentos de ebullición y propio en ese año el insurgente Derecho administrativo era también parte relevante de la actividad profesional y docente del decano de la Escuela de Derecho de París, Luis Francois Portiez de l'Oise. A él, con ese carácter, le correspondió ser parte de la reorganización de la enseñanza jurídica, postulada por la Ley 22 ventoso del año XII (22 de febrero de 1804), no solamente a través de la cátedra, recién instituida, a la cual se le dio el título oficial –que Moles Caubet consideraba “estrafalario”²¹– de “Derecho civil en relación con la administración pública”, sino también a través de los correspondientes cursos de “Legislación administrativa”, según se colige de la referencia que a esas clases hace el propio profesor en el texto que él mismo escribió y publicó en el año 1809 con el título de “*Cours de Legislation administrative*”²².

A criterio de Portiez de l'Oise, el mundo social, después de encomendar su estructura organizativa a las leyes positivas, debería estar sometido a principios y reglas ciertas surgidas de la práctica usual de cada día y la experiencia de siglos, tal y como acontece en el ámbito de las ciencias, las artes y las actividades artesanales, gracias a sus propias coordinadas, su propio sistema y su propia teoría justificativa. Por lo demás, el mencionado texto contiene, por explícita admisión del autor, una simple recopilación, escuetamente comentada, de normas de tipo legal, las cuales, utilizadas en el ámbito de las relaciones entre el aparato administrativo del régimen vigente y los particulares, estarían encaminadas a vincular el mundo social, conformando, además, un cuerpo doctrinario autónomo fundamentado en las más usuales prácticas cotidianas²³.

Después de un breve período en el cual Portiez estuvo enseñando en la Escuela de Derecho de París, fue dispuesto, primero, el cierre, y, luego, la reapertura de la Escuela, siendo instituida, en 1819, la cátedra de Derecho público positivo y Derecho administrativo francés, cuya titularidad correspondió a Joseph Marie de Gerando²⁴, hasta su muerte, ocurrida en 1842, con el intermedio de varios años de ulterior cierre culminados con la restauración borbónica de 1829.

²⁰ Hobsbawn, E. J. *En torno a los orígenes de la revolución industrial*, Siglo XXI Editores, Madrid, 2009.

²¹ Moles Caubet, A. *Estudios de Derecho Público*, Editado por la Oficina de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 1997, Caracas, p. 14.

²² Portiez de l'Oise, L. F. R. *Cours de Legislation administrative*, Imprimerie de l'Empereur, Paris, 1808.

²³ Portiez de l'Oise, L. F. R. *Cours de legislation administrative*, Garnery, Paris, 1808, p. XXVII, citado por Moullier, I. “Una revolution de l'administration? La naissance de la science administrative imperial (1800-1815)”, *Dans Annales historiques de la revolution francaise*, 2017/3, (N° 389), p. 139 a 160.

²⁴ Mestre, J. L. *Ibidem*, p. 244; Legendre, P. *Histoire de l'Administration de 1750 a nos jours*, Presses Universitaire de France, 1968, p. 10.

Su discurso inaugural y también su primer curso han sido publicados, en 1819, junto al programa del curso, a las páginas 66 y siguientes del primer volumen del periódico especializado *Themis*²⁵.

En ese orden de ideas, cabe hacer referencia, asimismo, a Michel Louis Etienne Regnault de Saint-Jean D'Angely²⁶ como uno de los fundadores, en fecha 29 de abril de 1801, de la Academia de Legislación, la cual fue utilizada, a partir de 1805, para la enseñanza de la disciplina, en ese momento casi desconocida, a la cual se le dio la denominación de Derecho administrativo²⁷.

De todas formas, el novedoso material normativo que había llamado la atención de Luis Portiez, siguió siendo objeto de un número siempre más creciente de recopiladores, divulgadores, administrativistas, científicos del derecho y académicos, entre los cuales destacan, junto a muchos otros más, los que se señalan a continuación.

En el año 1801, Remi Fleurigeon, funcionario de carrera del ministerio de relaciones interiores francés, publica, con el título de Manual administrativo, editor Rondonneau, una recopilación de leyes y decretos contentivos de normas administrativas viejas y nuevas pero vigentes hasta el mes de marzo de 1799. Fleurigeon volvió a publicar, en 1809, editor Garney, el mismo material, pero esta vez con el título de Código Administrativo, y en el frontispicio interno puso en relieve una máxima que resulta ser, hoy en día, una de las primeras enunciaciones del principio de legalidad: nada es legal si no está conforme con la ley; aun aparentando ser justa una acción no lo es si no está autorizada por la ley²⁸. En 1812, Claude Lalouette, subprefecto de Calvados, edita el trabajo titulado Elementos de administración práctica, contentivo de las principales leyes emanadas después del período revolucionario, sucesivamente vuelto a publicar en 1817 con el título, más apropiado, de Clasificación de leyes administrativas²⁹. El creciente interés por el Derecho administrativo en formación está comprobado por tantas otras publicaciones, de las cuales es suficiente señalar, como más representativas, una, realizada por Jean Baptiste Sirey, en el año 1808, Editor Hernan, París, con el título de Recopilación general de leyes y disposiciones en materia civil, penal, comercial y derecho público, y, otra, de Jean Guillaume Locré, secretario del Consejo de Estado, en el año 1807, Imprimerie de la République, París, con el título de Legislación y jurisprudencia francesa o Repertorio general de leyes, reglamentos y decretos³⁰.

Se debe también a Charles Jean Baptiste Bonnin, la idea de proceder a la elaboración de los primeros textos científicos dirigidos a difundir el conocimiento del Derecho administrativo, a través de la publicación, en 1808, de una primera obra que tiene por

²⁵ Giannini, M. S. "Profili storici della scienza del diritto amministrativo", en *Quaderini fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, Giuffrè, Milano, p. 218; Bonnacase, J. *La Themis (1819-1831)*. Son fondateur, Athanase Jourdan, 2° ed., Paris, 1914.

²⁶ Fitzsimmons, M. P. *The Parisian order of barristers and the French revolution*, Harvard University Press, 1987, p. 135.

²⁷ Gilbert, S. "Aux origines doctrinales du droit administrative: Portiez de l'Oise (1765-1810)", en *Revue historique de droit français et étranger*, Edition Dalloz, 2007, pp. 247-272.

²⁸ Moullier, I. "Une révolution de l'administration? La naissance de la science administrative imperial (1800-1815)", en *Annales historiques de la Révolution française*, 2017/3, N° 389, pp. 139-160.

²⁹ Moullier, I. *Ibidem*.

³⁰ Moullier, I. *Ibidem*.

título “La importancia y la necesidad de un Código Administrativo”³¹, y, luego, en el mismo año, la publicación de “Principios de administración pública”, que llega, en 1812, a la tercera edición. La nación francesa –dice Bonnin– es la primera en reconocer los principios de acuerdo a los cuales las leyes y la administración estable se convierten en los grandes beneficios sociales que garantizan, además, la libertad y la seguridad individual, mientras que la ausencia de esos principios es la causa de todos los males desde la fundación de los pueblos³². En otra obra sucesiva, siempre sobre los principios, Bonnin agrega que, de no considerar a la Administración como una ciencia integrada con elementos de la naturaleza y fundamentada en principios universales y estables, sería como dejarla enfrascada en la indecisión, la arbitrariedad y la rutina³³.

Sin embargo, el simple hecho de haber sido acuñado para ese pretendido Derecho la original y novedosa denominación de Derecho administrativo, o, de todas formas, de derecho relacionado con leyes o normas administrativas, no es suficiente para justificar el surgimiento de un nuevo derecho y su ciencia dogmática. Sería como decir que habiendo sido acuñado el término de ordenamiento jurídico por Santi Romano en el año 1918³⁴, ese evento meramente semántico debería ser indicativo de que los ordenamientos jurídicos comenzaron a aparecer después de haber sido identificados con ese nombre, sino que, por el contrario, los ordenamientos jurídicos, a decir del propio jurista italiano, se fueron conformando a partir del momento en que, tal vez hasta en la más remota prehistoria, los hombres se constituyeron en organizaciones sociales confiando la estructura y el régimen de las interrelaciones correspondientes a un sistema ordenado de normas.

3. *El Consejo de Estado*

El surgimiento del Derecho administrativo, a criterio de René Chapus y otros destacados representantes de la doctrina francesa, se debe a la interpretación que hicieron del principio de la separación de los poderes los revolucionarios franceses³⁵. La configuración de este principio, a su vez, no es otra cosa sino el reflejo integral del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 14 y 26 de agosto de 1789, el cual concurre a conformar, con los demás artículos, el preámbulo de la Constitución de 1791.

Sin embargo, el hecho de intentar explicar el origen del Derecho administrativo con la vinculación expresa y directa a alguna clave interpretativa de la separación de poderes no es fácil de entender, por lo menos así, a secas, es decir, sin alguna explicación sobre su forma de despliegue y materialización concreta, como parece que proponga la mayoría de los acuñadores y descriptores del término y del concepto, y tam-

³¹ Bonnin, C. J. B. *De l'importance et la nécessité d'un code administratif*, Garnery, París, 1808.

³² *Id.*, *Principes d'administration publique*, Clement, París, 1808; *Id.*, *Principes d'administration publique*, Renaudière, París, 1812.

³³ *Id.*, *Abregé des principes d'administration*, Costes, París, 1829, p. XXII.

³⁴ Romano, S. *L'ordinamento giuridico*, 1ª edición, Editore Spoerri, Pisa, 12e 1918.

³⁵ Chapus, R., *Droit administratif general*, 15 ed., t. I, Montchrestien, París, 2001, en Araujo-Juárez, J. *Derecho administrativo constitucional*, Editorial Jurídico venezolana y Centro para la integración y el Derecho Público, Caracas, 2017, p. 128; Chapus, R., *Droit du contentieux administratif*, París, Montchrestien, 13 ed., 2008, p. 71.

poco puede ser entendido como consecuencia de una errónea o equívoca interpretación del principio, como sugiere Gastón Jeze³⁶.

De hecho, la comunidad social, para ser consecuente y conformarse con los nuevos postulados, más que estar pendiente de cómo iba a estar separado el ejercicio del poder, tuvo que haber exigido, como primer requerimiento, que el aparato administrativo se encontrara o fuera puesto en condición de visualizar, entender, atender, satisfacer, tutelar y proteger, fundamentalmente, las pretensiones derivadas de los principios de libertad, igualdad y dignidad, originariamente reflejados en la declaración de los derechos y sucesivamente anclados en la Constitución, terminando sembrados en el propio ordenamiento jurídico, de tal manera que quedaran satisfechas las expectativas de la sociedad entera para vivir de la mejor forma posible, tanto individual como colectivamente, sin alterar de alguna manera el equilibrio consecuencial a falta del cual quedaría injustificado cualquier tipo de mando sobre los individuos y los bienes asentados en los lugares y tiempos relacionados de alguna manera con la comunidad.

Por lo pronto, quedan muchas dudas sobre las formas y las circunstancias concretas a través de las cuales hayan comenzado a ser operativos los principios de protección a los cuales aspiraba la gente común, inmediatamente después y, en consecuencia, de la aprobación legislativa en 1789, de la mencionada declaración de derechos y su integral plasmación en la primera Constitución de 1791. Lo que sí quedó a la vista, en ese tiempo, dejando evidencia documental para después, no fue sino el inmediato desprendimiento del aparato administrativo existente, con todos los efectos colaterales que parecen haber determinado un verdadero y propio cataclismo institucional.

En esa dirección, parece encajar, bajo la perspectiva de hacer tabula rasa del supuesto aparato administrativo de la época, toda una serie de acontecimientos que llevaron, contextualmente, en primer lugar, a la aprobación de la ley de 11 de agosto de 1789, la cual estableció la supresión, en bloque, de todos los derechos feudales, contentivos, sobre todo, de privilegios de clase en lo que se refiere a aprovechamiento de aguas, florestas, bosques, caza y pesca³⁷. Sucesivamente, entre el 17 y el 29 de septiembre de 1791, fueron eliminados todos los organismos destinados hasta ese momento a la administración de justicia en relación con los asuntos o controversias entre los particulares y los aparatos administrativos del régimen, mientras que, casi contemporáneamente, el 7 de septiembre de 1791, la Asamblea Nacional establecía la abolición del Parlamento de París, es decir uno de los principales organismos jurisdiccionales encargados de revisar las actuaciones de los funcionarios del aparato administrativo vigente hasta ese momento³⁸.

La secuencia continua con la aprobación de la ley de 22 de diciembre de 1789, la cual constituye una tímida incipiente ejecución del principio de separación de las autoridades administrativas de las autoridades judiciales, estableciendo, en la sección III,

³⁶ Jeze, G. *Les Principes Généraux du droit administratif*, Berger-Levrault et Cie. Editeurs, Paris, 1904, p. 123.

³⁷ Baudrillart, J. J. *Traité general des eaux et forets, chasses et peches*, Imprimerie de Madame Huzard, Paris, 1821, Recueil chronologique des reglemens forestiers, Nouvelle legislation des lois, arretés, decrets, ordonnances, arrets et decisions, rendus después la fin de 1789.

³⁸ Vedel, G. *Derecho administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 57.

artículo 7, que el ejercicio de las actividades administrativas por parte de los funcionarios departamentales y distritales no podía ser objeto de algún tipo de entorpecimiento o turbativa proveniente del poder judicial. La ley de 16-24 agosto de 1790, completa, luego, la integración del principio de separación de poderes, estableciendo en el título II, artículo 13, que, bajo la premisa de la absoluta y total distinción entre funciones judiciales y funciones administrativas, quedaba prohibido al poder judicial de ejercer funciones administrativas o inmiscuirse en los asuntos administrativos y de convocar ante sus instancias a los funcionarios administrativos por cualquier tipo de explicación.

El resultado fue la producción de un gran vacío institucional, el cual, fuere o no previsto o previsible, produjo, en todo caso, una situación de total indefensión para los ciudadanos que necesitaran exigir protección o mantener algún tipo de relación con el aparato administrativo vigente.

Es razonable entender, a estas alturas –so pena de dejar incomprendido o en la obscuridad más asombrosa ese momento de transición político institucional, haya sido o no determinado adrede este vacío–, que los revolucionarios, o quienes los estaban representando en ese momento, percibieron perfectamente la situación, bajo todas sus perspectivas y dimensiones, tanto como para considerarla como el punto de partida más adecuado para cambiar el rumbo del aparato administrativo en ese momento disponible, no quedando otra cosa que hacer sino direccionar, *ex novo*, el aparato administrativo, en función de la protección del más recién descubrimiento representado por los derechos de las personas frente a la Administración pública.

Sería totalmente descabellado sostener, por otra parte, que, para cumplir con sus propósitos de hacer tabula rasa con el régimen absolutista, los protagonistas sociales y políticos del mencionado período se hayan quedado de brazos cruzados por el hecho de tener a su alcance nada más que la propia nada, es decir la inexperiencia, la improvisación y la falta de conocimientos suficientes de la práctica y dogmática administrativa.

Por el contrario, los franceses, como es dable constatar, de alguna manera, a través de la paulatina materialización de un conjunto, aún aparentemente desordenado y caótico, de normas, disposiciones de tipo normativo y directrices de indefinido, si no incierto alcance, que se dio en llamar “principios”, intentaron dar vida y consistencia a una estructura de tipo operativo cuyos fines y objetivos, relacionados, entre tantos otros, también con la protección de los derechos de las personas frente a la Administración pública y, como tales, susceptibles de ser garantizados por el ordenamiento jurídico en formación, eran totalmente desconocidos por el aparato administrativo del viejo régimen.

De escasa o nula efectividad fue, para empezar, la compleja secuencia con la cual, a través de las leyes 6-7-11 de septiembre de 1790, 8 diciembre de 1790, 9 de mayo de 1791 y 23 de septiembre de 1791, fue introducido en el ordenamiento en formación un rudimental adelanto de la figura del recurso administrativo, el cual, anteriormente inexistente –por cuanto todo tipo de recurso o reclamo era atribuido a la competencia del sistema judicial, con prescindencia de su composición o integración–, no hizo sino incrementar el trabajo improductivo, y la relativa burocracia inútil, de un conjunto de autoridades administrativas locales, obviamente de carácter electivo, tales y como directores de departamento y directores de distrito o municipales, absolutamente incompetentes, por lo general, y para nada interesados en revisar su propia gestión a través de la formal atribución del conocimiento y la decisión de los recursos en materia de impues-

tos directos, reclamos en materia de carreteras, contratos de obras públicas y daños de obras públicas, y, asimismo, en materia de elecciones, alistamiento militar y comparto de bienes comunales³⁹.

Más significativos y consistentes fueron, ya no los criterios para amparar los derechos de las personas sino los poderes atribuidos sin otro sentido que dar prestigio a las autoridades, establecidos en la ley 7 y 14 octubre de 1790. Dicha ley atribuyó al Rey, en su carácter de jefe supremo de la Administración pública, la decisión de los recursos propuestos por los administrados, con potestad de anular, con la máxima discrecionalidad, de conformidad con el artículo 5, sección II, “los actos de la Administración de Departamento contrarios a la ley o a las órdenes que la autoridad de ese poder, el Rey, les hubiera dirigido”, mientras que los artículos 3 y 5 de la misma ley atribuyeron esas facultades no solamente a la Administración central sobre actos de la Administración de distrito sino también a la Administración de distrito sobre actos de los subadministradores de distrito y municipal⁴⁰. Para completar el cuadro de total desamparo en el cual, con el cierre total del camino jurisdiccional, fueron dejados los administrados en ese período, intervino, luego, la ley de 16 fructidor del año III, es decir, 2 de septiembre de 1795, para vetar a los tribunales de ocuparse, so pena de cometer crimen, de los asuntos de carácter administrativo, pero sin precisar ni la instancia competente para solucionar las controversias ni el derecho aplicable⁴¹.

Hasta ahí se extendió, momentánea pero figurativamente, la influencia del principio de separación de poderes y del principio de legalidad, los cuales, en efecto, se consolidan al ser constitucionalizados a través de los artículos 3 del capítulo V y 5 de la sección II de la Constitución de 1791, por medio de los cuales se atribuye a la autoridad administrativa –desde el máximo nivel, representado por el Rey y el propio Gobierno, hasta los niveles inferiores representados por la Administración departamental y la Administración distrital–, el ejercicio de la potestad de anulación de actos administrativos por violación de la ley o de orden impartido por la suprema autoridad administrativa. La Constitución de 1791, de esa manera, ratifica, por una parte, la sumisión de la Administración pública a la ley, mientras que se ocupa, por otra parte, de hacer efectivo ese sometimiento estableciendo, en caso de incumplimiento, las consecuencias, es decir la posibilidad de anulación⁴². Hasta antes de la revolución un tal derecho o potestad de anulación de los actos de funcionarios del aparato administrativo lo detentaban sola y exclusivamente los jueces, en representación de un sistema judicial que estaba muy lejos de tener alguna pretensión de constituir un poder o cuerpo autónomo, siendo considerado sumiso al gobierno de turno.

De hecho, la aspiración de poner en práctica el principio de la separación de poderes reflejado en el antes mencionado conjunto de leyes y el relativo soporte constitucional, no permitió, en ese momento, a los administrados de llevar ante cualquier tipo de tribunal o juez sus reclamaciones, quejas o pretensiones frente a la Administración pú-

³⁹ Jeze, G. *Ibidem*, p. 124.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Bulletin des lois, an III, N° 175, texte N° 1064, p. 14.

⁴² García de Enterría, G. y Ramón Fernández, R. *Curso de derecho administrativo*, t. II, Civitas Ediciones, Madrid, Reimpresión, 2001, p. 557

blica. Queda también evidenciado, de esta forma que, aun cuando la estructura administrativa del monarca, del imperio, y también del estado revolucionario, fuera destinada a un tipo de actividad, respectiva y progresivamente, diferente, logró únicamente fijar, en sus confusos inicios, una barrera teórica, pero concretamente respetada, para que ese aparato, y especialmente la parte operativa de carácter coactivo, no interfiriera, o se abstuviera de intervenir, en las situaciones jurídicas, o, mejor dicho, los derechos, de las personas, ni para perjudicar y ni siquiera para un mejor resguardo individual.

La década siguiente al estallido de la revolución, 1789-1799, nadie duda en calificarla de justicia “retenida”, en el sentido de que los derechos de las personas que daban sentido a la revolución no tenían, todavía, adecuada protección, pese a la declarada y constitucionalizada existencia de los principios fundamentales de la convivencia humana y a la institucionalización, igualmente constitucionalizada, de un conjunto de autoridades administrativas encargadas de la ejecución. Lo que les faltaba, y puede que les siguió faltando, a los encargados circunstanciales de hacer efectivos los principios para que dejaran de ser cuentos de duendes o de hadas y se convirtieran en fundamentos del insurgente, inestable y variable Derecho administrativo en formación, era propiamente la noción y el sentido de efectividad de esos principios, de los cuales no existía rasgo alguno antes del período revolucionario, por una parte, y respecto de los cuales, por otra parte, había desconocimiento integral sobre cómo proporcionar garantías y protección concreta, especialmente en el ámbito de las pretensiones frente a la Administración pública, y, asimismo, sobre cómo dar concreción a supuestos, materias, acciones y relaciones de la vida colectiva para sustraerla al abuso y al atropello frente al incompleto e imperfecto sistema de derecho vigente en este momento.

En el curso de un siglo de tiempo adicional, en vista de los ajustes, modificaciones y adjunciones que se fueron realizando hasta el siglo XX, es dable colegir el intento de asegurar que la falla fuese corregida a través de la introducción, complementación, integración o invento de un organismo de nueva configuración que dispusiera de medios idóneos y personal competente y experto en función del direccionamiento del aparato administrativo hacia la ejecución, el control y la supervisión de la actuación y mantenimiento del máximo de equilibrio en las relaciones entre los individuos y el Estado, en conformidad con los postulados de los mencionados principios de protección.

Para cumplir con ese cometido, el remedio concebido y aplicado consistió en una forma de ayuda para que las autoridades administrativas activas salieran de la indiferencia, sino de la torpeza, y, en ese sentido, fue ingenjada la presencia, a lado de todas ellas, de organismos especializados en proporcionar asistencia y sugerencias en los distintos niveles y sectores de la Administración pública, y eso fue lo que dispuso la primera Constitución napoleónica del 22 de noviembre de 1799 al instituir, o, para algunos, revivir, de conformidad con el artículo 52, el Consejo de Estado, encargado de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de la Administración pública y “resolver las dificultades que surjan en materia administrativa”. Unos pocos días después, es decir, el 26 de noviembre del mismo año, fue dictado el Reglamento del Consejo, por medio del cual quedaron establecidas no solamente pautas esenciales de funcionamiento sino, también, a través del artículo 72, el principio de responsabilidad de los Ministros

por actos contrarios a la Constitución, a las leyes y a los reglamentos⁴³. Por otra parte, la ley de 17 de febrero de 1.800 dispuso que también a lado de la Administración prefectoral estuvieran unos organismos colegiados que se dio en llamar Consejos de Prefectura, con la función de asesorar a los administradores departamentales y distritales en las controversias suscitadas entre las Administraciones públicas y los administrados.

Sin embargo, no puede ser definida verdadera y propia producción jurisprudencial y tampoco legislativa, sino de carácter práctico y, tal vez, doctrinario, la formal elaboración de las sugerencias, recomendaciones y propuestas, realizadas tanto por los Consejos de Prefectura como por el Consejo de Estado en el ejercicio de las respectivas funciones, aún en niveles jerárquicos diferentes y aún después de que fueran separadas, dentro de las respectivas funciones de esos organismos, la función administrativa de la función consultiva, quedando encomendada esta última a otro órgano interno el cual, establecido junto a sus normas de procedimiento con decretos del 11 de junio y 22 de julio de 1806, fue denominado Comisión del contencioso. Entre otros detalles organizativos del Consejo de Estado, cabe agregar que con decretos del 2 de febrero y 12 de marzo de 1831 fueron instituidos los Comisarios del gobierno, elegidos entre los integrantes del mismo Consejo, con la función de representar el punto de vista del gobierno en los asuntos contenciosos, a través de la presentación de conclusiones y observaciones, a veces integralmente aceptadas y utilizadas como fundamento de las propias decisiones del Consejo.

El resultado de la actividad de todos esos organismos operantes en el sector de la Administración pública fue talmente confuso y escasamente inteligible, como para que Maurice Hauriou llegara a concluir que eran totalmente desconocidas tanto las formas de proceder como las decisiones de esos Consejos, debido ello también al cuidado de los funcionarios administrativos para que se mantuvieran reservadas las actuaciones administrativas con todo el complemento de la complaciente asesoría de quien se había convertido en su brazo derecho, y es por eso que él califica el momento inicial, 1800-1815, como período de la elaboración secreta del Derecho administrativo⁴⁴. La explicación que da Portiez de l'Oise, al respecto, en sus cursos académicos, es que los prefectos y presumiblemente los demás integrantes de esos consejos no tienen atribuido el derecho de publicar sus teorías administrativas o sus principios y tampoco las circulares u otras comunicaciones de las autoridades superiores, pudiendo causar, su difusión, molestias al gobierno de turno⁴⁵.

En esa limitada y reducida perspectiva hay que ubicar, por lo tanto, el verdadero relieve atribuible a la aparición de un texto, el cual, contenido de una arriesgada, por no ser oficialmente autorizada, recopilación personal de la mencionada actividad consultiva con relativo comentario, titulado *Cuestiones de Derecho administrativo*, fue publicado por iniciativa, se insiste, personal, del barón De Cormenin, con Ridler, en París, el año 1822, y ha sido reconocido no solamente como el primer texto en tener forjado en

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Hauriou, M. *De la formation du droit administratif francais depuis l'An VIII, Revue general d'administration*, 1892, p. 385 y ss.

⁴⁵ Portiez de l'Oise, L. F. R. *Cours de Legislation administrative, Imprimerie de l'Empereur*, Paris, 1808, t. I, p. 44.

el título la expresión Derecho administrativo, sino también como uno de los pocos en señalar con exactitud, para fundamentar cada argumento, tanto las proposiciones del Consejo de Estado como el sistema de recopilación oficial de las leyes⁴⁶. Igual precisión y meticulosidad académica, pero con idéntico limitado alcance, ha sido atribuida también a textos como los *Elements de jurisprudence administrative*, publicado en 1818, y Los Tribunales administrativos o Introducción al estudio de la jurisprudencia administrativa, publicado en 1828⁴⁷, cuyo único autor, Luis Antoine Macarel, antes de esa publicación, había solicitado al Ministro de Justicia, pero sin tener éxito, para que el propio gobierno se hiciera cargo de la publicación de un boletín administrativo oficial y no dejara esta importante tarea en manos de simples aficionados, juristas y abogados, como en efecto sucedió hasta muchos años después⁴⁸.

Hay que esperar la ley de 24 de mayo de 1872 para que, finalmente, el Consejo de Estado pudiera disponer de una verdadera y propia potestad de decisión sobre todos los asuntos sobre los cuales hasta ese momento estaba únicamente habilitado a proporcionar “avis”, es decir, asesoría, sugerencias o propuestas a las autoridades administrativas, correspondiéndole, concretamente, la tarea de resolver, de manera autónoma y definitiva, los litigios entre los particulares y la Administración⁴⁹. Para la doctrina esa circunstancia determina el verdadero y propio nacimiento de la justicia administrativa en el seno de la Administración. García de Enterría argumenta, al respecto, que el sistema francés, a través de lo que se puede considerar como “el primer esbozo de jurisdicción contencioso administrativa”, no hizo sino buscar una fórmula de protección frente a la Administración con la finalidad de eliminar todo “obstáculo que impidiera prevaler a los dos grandes principios revolucionarios de la legalidad y la libertad”⁵⁰.

A decir verdad, ya estaban echadas, de antemano, las bases jurídico-institucionales encaminadas a soportar la instalación e implementación del régimen de protección administrativa, el cual apartándose del sistema de tipo absolutista vigente hasta ese momento, seguía apoyándose en la declaración de derechos que fue asumida, luego, como parte prodrómica y funcionalmente imprescindible del Estado, cuya naturaleza y esencia de Estado de derecho tuvo mayor sustento, a partir de la ley creadora y organizadora, en 1872, del sistema de justicia administrativa destinado a brindar garantía y tutela a los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración pública.

El “*Etat de droit*”, el Estado de derecho –en conformidad, además, con la explicación de Santi Romano sobre las formas de constituirse de las instituciones encaminadas

⁴⁶ De Lacharriere, R. “Cormenin. Politique, Pamphletaire et Fondateur du Droit Administratif” en *Revue du Droit Public et de la Science Politique in France et a l'etranger*, t. 57, Librairie General du droit et de Jurisprudence, Paris, 1940, p. 335.

⁴⁷ Macarel, L. A. *Elements de jurisprudence administrative, extraits de decisions rendues par le Conseil d'Etat en matiere contentieuse*, Dondey-Dupré, Paris, 1818; *Id. Des Tribunaux administratifs ou Introduction a l'etude de la jurisprudence administrative*, Roret, Paris, 1828.

⁴⁸ Macarel, L. A. en *Themis, Bibliotheque des jureconsultes*, Année 1819, t. I, deuxieme partie, *cit.* en *Le Conseil d'Etat. Son histoire a través les documents d'epoque, 1799-1974*, Paris, CNRS, 1974, pp. 279-280.

⁴⁹ Debbasch, C. y Ricci, J. C. *Contentieux Administrative*, Dalloz, Paris, 1999, p. 4 y 5.

⁵⁰ García de Enterría, G. “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso administrativa”. *Revista de administración pública*, ISSN: 0034-7639, N° 179, Madrid, mayo-agosto 2009, pp. 167-183.

a conformar un ordenamiento jurídico— ha sido definido por Ferrajoli como todo Estado que posee un ordenamiento jurídico “en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en la forma y con los procedimientos legalmente establecidos”⁵¹, mientras que, en sentido casi similar, Rosenfield lo ha definido como el propio ordenamiento jurídico estatal conformado por los derechos fundamentales liberales que ponen vínculos al Estado legal, en el sentido de que, diversamente del “*Rule of Law*” en el Reino Unido y del “*Rechtsstaat*” en Alemania, no se refiere al derecho en su globalidad o integralidad, sino más bien a los derechos fundamentales dotados de fuerza jurídica⁵².

Ahí están aludidos los derechos fundamentales. Ahí están también aludidos los conceptos de libertad, igualdad, dignidad, espíritu de cooperación o hermandad, los cuales, plasmados en la declaración de 1789, inspiraron y soportaron las principales pretensiones y las iniciativas y acciones consecuenciales de las personas que, como integrantes del pueblo francés, lograron liberarse, en primer lugar, de las cadenas del autoritarismo y de los caprichos del despotismo. La exigencia, luego, de hacer inmediatamente operativos y efectivos los mencionados derechos, fue la razón para que se experimentara la posibilidad de elaborar un nuevo sistema funcionalmente orientado al perseguimiento de los beneficios requeridos o alguna forma de ajuste del aparato administrativo vigente, cuya puesta en marcha, operatividad y efectividad estarían, obviamente, subordinadas a la posibilidad real de aniquilar, destruir y desaparecer, preliminarmente, todos los obstáculos dejados en pie por el viejo sistema absolutista.

4. *La creación pretoriana de los principios*

Sin embargo, la implementación formal del sistema de justicia administrativa no es suficiente, por sí sola, para esclarecer el proceso de elaboración de los enunciados preceptivos que desde el período post revolucionario se fueron utilizando en la práctica administrativa con destino final la integración del propio Derecho administrativo. Sabemos que unos determinados preceptos, o los principios resultantes, iban siendo configurados, pero no asumidos, como verdaderas y propias normas, siendo poco clara o incierta, al comienzo, su vinculación con el ordenamiento jurídico, debido a que las pretensiones que esos preceptos aspiraban proteger no tenían cabida o subsunción en algunos de los sectores o ramas especiales del ordenamiento distintas del Derecho administrativo en formación, y en esa condición no se les podía proporcionar alguna tutela o garantía.

Fue así que, en ausencia de normas positivas aplicables o utilizables, se fueron buscando unos sustitutos, los cuales, dirigidos a ejercer su función preceptiva y tutelar en el contexto de un sistema y un período de evidente transición —del absolutismo a la instauración del derecho, del autoritarismo a la libertad y la democracia—, tuvieron una caracterización muy particular, en el sentido de que su elaboración o configuración tuvo que apartarse, como en efecto se apartó, como primera distinción, de los clásicos y co-

⁵¹ Ferrajoli, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 31.

⁵² Rosenfield, M. “Lo Stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale”, en *Diritto & Questioni Pubbliche*, N° 4, 2004, p. 136; Carré de Malberg, *Contribution a la theorie general de l’Etat*, Sirey, Paris, 1920, vol. I, p. 488 y ss.; Grote, R. *Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de droit*, en C. Starck Editor, *Constitutionalism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis*, Nomos, Baden Baden, 1999, pp. 292-294.

munes modelos normativos, para ser adaptada, luego, su formulación abstracta, a la posibilidad de abarcar o subsumir la más amplia gama de acciones, relaciones e interacciones, las cuales, susceptibles, a su vez, de estar sujetas a continuos y repentinos movimientos y cambios, determinarían la necesidad de una consistente dosis de indeterminación, generalidad, vaguedad y ductilidad, también para evitar, por un lado, el obstáculo de la formulación rígida y estática de la norma legal o de alguno de sus creadores, ordinarios y extraordinarios, y, por otro lado, pretender, finalmente, que su elaboración fuera encomendada, como en efecto lo fue, a personal experto en la utilización y manejo de lógica, equidad y razonamiento, tales y como jueces y doctrinarios, dotados de calidad y capacidad suficiente para entender y transmitir la visión de justicia y equilibrio en las relaciones entre Administración pública y particulares⁵³.

Dicho en otros términos, se estuvo intentando crear algo nuevo y este algo nuevo que venía siendo intuido, percibido, experimentado, aplicado y eventualmente incorporado al ordenamiento jurídico francés no fue sino un conjunto de reglas, o, mejor dicho, de preceptos, destinados, antes que todo, a ser contextualizados y actualizados en conformidad con el sistema de gobierno que se fue imponiendo a final del ochocientos, involucrando un *mare magnum* de recopiladores, estudiosos, docentes y académicos, por una parte, y funcionarios de gobierno, políticos y parlamentarios por otra parte.

Comienza a tomar forma, de esa manera, en paralelo con el complejo desarrollo de la formación jurisprudencial del Derecho administrativo, el proceso de configuración de los enunciados preceptivos los cuales, con el nombre de principios, fueron específica y concretamente elaborados para que asumieran el rol de verdaderas y propias normas jurídicamente vinculantes, destinadas, fundamentalmente, a proteger los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración pública y ser partícipes del mencionado sistema de derecho.

Buscando cumplir con su pretendida función, los principios empezaron a aparecer, en ese contexto, bajo las distintas denominaciones de principio de separación de poderes, principio de legalidad, principio de libertad, principio de igualdad, principio de la dignidad de las personas, y tantas otras más en gestación, pero sin tener, al comienzo, algún tipo de relación con el sistema judicial y menos aún con la inexistente jurisdicción contencioso administrativa, la cual, al igual que lo sucedido en pro del incipiente “*droit administratif*”, resulta haber sido inexistente en un primer momento, inaccesible y cerrada, luego, para todo aquél que no tuviese parte o interés en alguna de las controversias allí vertidas, y encaminada, finalmente, en el año 1872, casi cien años después de los sucesos revolucionarios, a recibir la habilitación suficiente y necesaria para empezar la creación pretoriana del Derecho administrativo y sus principios.

Como sucedió todo eso, lo explica con excelente claridad Jean Rivero⁵⁴, al describir la evolución del derecho del *Ancien Régime* francés para adaptarse a la nueva situación determinada por la Revolución, hasta llegar al descubrimiento de los principios protectores de los derechos de las personas.

⁵³ Grossi, P. “Per un diritto amministrativo del tempo post moderno”, en *Quaderni Fiorentini*, 2016, N° 45, Giuffrè Editore, p. 11 ss.

⁵⁴ Rivero, J. “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés”, en *Revista de Administración Pública* N° 6, 1951, pp. 289-299.

El viejo sistema, explica Rivero, privilegiaba el dominio de la ley escrita, la cual, si representaba la máxima perfección para la estructuración, implementación y aplicación del Derecho privado, generaba, en cambio, enorme confusión sobre todo para entender la diferencia entre la regla de derecho y la ley escrita, cuya elaboración formal venía siendo exclusivamente encomendada a los órganos constitucionalmente habilitados, quedando atribuido a los órganos judiciales nada más que la función interpretativa y aplicativa y a la doctrina la evaluación dogmática. Procediendo de la concreta y estricta observación de los acontecimientos concretos de la realidad social e institucional, el nuevo sistema, en cambio, se fue implementando en virtud de la aplicación de la teoría de los principios, surgida en el seno de la jurisprudencia pretoriana del Consejo de Estado, una vez convertido en cabeza visible de la suprema dirección y organización de la jurisdicción contencioso administrativa. El impulso para dar cuerpo a una teoría de los principios no fue sino la constatación de la total ausencia de producción legislativa, o codificación, en el sector enormemente diversificado de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración pública, condicionadas por inestables y variables factores políticos y económicos, especialmente en lo referente, por lo general, a provisión de orden, seguridad pública, vías y aguas públicas, salud, asistencia económica y social y sustento energético.

La ley presuntamente administrativa se limitaba en indicar el mecanismo a través del cual el funcionario podría actuar en un caso muy específico, de tal manera que, como sigue señalando Rivero, se caracterizara por ser pragmática pero incompleta, cerrando o limitando, bajo unos supuestos siempre más restringidos, la posibilidad de subsumir todos los aspectos problemáticos de la relación entre las personas y la Administración pública, e impidiendo que ofreciera al juez contencioso y a los particulares las mismas ventajas que, en punto de orden y seguridad jurídica, brindaban las normas del código civil.

En ese mismo sentido, también Laferriere, citado por Rivero, había lamentado como la ley administrativa, muy circunstancial y pragmática, se preocupara “más de asegurar la marcha de los servicios públicos que de prever y resolver los problemas jurídicos”, de tal manera que la solución quedara en manos de la jurisdicción contencioso administrativa, cuyas decisiones “tienen por base, cuando faltan los textos, principios tradicionales, escritos o no escritos, que son en cierto modo inherentes a nuestro derecho público”⁵⁵.

Una vez que la ley de 1872, antes mencionada, pone el último eslabón, no solamente temporal, a la estructuración y funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa –quedando a salvo la arrogación por parte del Consejo de Estado, con el *arrêt* Cardot del 13 de diciembre de 1889⁵⁶, del conocimiento de todas las causas en materia administrativa que hasta ese momento no tenía– se van paulatinamente perfilando, en ese horizonte, los enunciados preceptivos llamados a dar operatividad, bajo la denominación de principios, al sistema de protección encaminado a garantizar los derechos de las personas frente a la Administración pública, ocupando, por el mismo efecto,

⁵⁵ Laferriere, E. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, citado por Rivero, J. *Ibidem*.

⁵⁶ Moles Caubet, A. *Ibidem*, p. 22.

el autónomo sector y parte del espacio que le corresponde, en el ámbito del ordenamiento jurídico, como Derecho administrativo, y habilitado como tal a obtener el reconocimiento de su valor normativo, rigurosamente vinculante.

Rivero continua, luego, su análisis⁵⁷, señalando, finalmente, el conjunto de principios que, a partir de la indicada fecha, han sido utilizados para dar respuesta a los asuntos planteados en el ámbito de las relaciones entre particulares y Administraciones y en el seno de la propia Administración, aun precisando que solamente después del año 1942 –período de fuertes turbulencias políticas y sociales que hasta afectaron la solidez y unidad jurídica del sistema vigente culminando en la aprobación de una nueva Constitución en el año 1947– se preocupó el Consejo de Estado de “afirmar la existencia de los principios generales y su plena fuerza jurídica”⁵⁸, habiéndose limitado, con anterioridad, en mencionar los enunciados correspondientes como simples referentes argumentativos de las decisiones concretamente adoptadas.

Los principios que Rivero señala⁵⁹, por lo tanto, como expresamente reconocidos y consagrados como tales por el Consejo de Estado, pueden ser clasificados, en primer lugar, bajo el criterio de su vinculación con la declaración de los derechos del hombre de 1789, y denominados, respectivamente, principio de la separación de poderes, principios de la libertad y la igualdad y los derivados y concadenados principios de libertad individual, libertad de conciencia, libertad de prensa, libertad de reuniones y similares, junto a los principios de igualdad de los usuarios ante los servicios públicos, igualdad de los contribuyentes ante los impuestos y de los ciudadanos ante la ley. Sigue, luego, el criterio de la caracterización técnica de las reglas derivadas del código civil y códigos de procedimientos, para ser transportadas y adaptadas a las nuevas exigencias, correspondiéndoles la denominación de principio de la no retroactividad, principio de reparación del daño por falta cometida, principio de rechazo del enriquecimiento ilícito y principio de la obligatoriedad de la defensa en procedimientos aplicativos de medidas sancionatorias o de cualquier manera aflictivas. En tercer lugar, coloca Rivero el criterio del código moral, bajo el cual han sido identificados los principios que han sido denominados principio de la prosecución del bien común, principio de la prosecución del interés general y principio que obliga la Administración a decir la verdad evitando toda mentira. El último criterio de clasificación propuesto por Rivero, está relacionado con análisis de la realidad, naturaleza de las cosas y lógica de las instituciones, correspondiéndole, en este caso, a los principios, la denominación de principio de la continuidad del servicio público, principio de atribución de la competencia necesaria para el funcionamiento del servicio y principio de la depuración de los efectos dañinos o peligrosos derivados de la rigurosidad de la letra de la ley a causa de circunstancias excepcionales.

Entre todas las pinceladas encaminadas a dibujar el material operativo alrededor del cual se fue formando el Derecho administrativo y sus principios en la Francia post revolucionaria, no puede faltar la mención a la reconstrucción que, a través de la más completa sistematización de ese derecho, propone el decano de la Escuela de Tolosa,

⁵⁷ Rivero, J. *Ibidem*.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

Maurice Hauriou⁶⁰, al describir, de manera sintética pero bastante clara, el recorrido del espíritu revolucionario innovador que se desenvuelve a través de las tres distintas fases de la elaboración secreta, la divulgación y la organización, y determina, al mismo tiempo, la activación, a veces caótica y a veces coordinada, de personajes e instituciones, tales como un *mare magnum* de recopiladores, estudiosos, docentes y académicos, por una parte, y funcionarios administrativos y gubernamentales, antes consultores y después jueces contenciosos en el Consejo de Estado, por otra parte, los cuales todos, en conjunto, pueden ser definidos como los fabricantes de los principios de la nueva rama del derecho que se dio en llamar Derecho administrativo. Estos principios, prosigue Hauriou⁶¹, no son sino el resultado de la creación “pretoriana” del Derecho administrativo por obra de la jurisdicción contencioso administrativa, y dan paso, con mayor efectividad, a la transición de la fase de justicia retenida a la de justicia delegada e independiente.

Agrega Giannini, a ese respecto, que calificar como función pretoriana la elaboración jurisprudencial de los principios en la materia del Derecho administrativo, no quiere decir que se está utilizando una figura retórica en alusión a una pretendida elaboración de constructos jurídicos, sino que se está afirmando de manera decidida y categórica que es la jurisprudencia la que crea efectivamente el cuerpo de las normas sustanciales del Derecho administrativo, el cual, además, tiene como fin ya no más la sumisión del ciudadano sino su participación en la gestión de la cosa pública, generando un total revés respecto del tradicional rol autoritario de la Administración⁶².

Estaba quedando fundamentalmente claro en el pensamiento jurídico francés, que la génesis y el desarrollo de los instrumentos de protección de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración pública se encontraran bien agarrados de las manos de los tribunales administrativos y no de la ley⁶³, es decir, más por autónoma apropiación o arrogación directa que por algún tipo de atribución o encomienda.

La jurisdicción contencioso administrativa siguió siendo depositaria, por lo tanto, desde su despliegue, no solamente de la confianza de abogados, académicos y usuarios, sino también de la efectividad y solidez de la garantía, proporcionada de tal forma, en lo que se refiere a protección y tutela de los intereses de las personas que el sistema social y político obligara comúnmente, en ese contexto, a enfrentar las prerrogativas normal y extraordinariamente ejercidas por la Administración pública. No cabe duda que el núcleo fundamental de la garantía estuviera representado por los principios de protección de los cuales hemos estado hablando, y los cuales, en ausencia de un código único para la regulación de la actividad administrativa, integraban, de manera material y concreta, el conjunto de criterios con base en los cuales los tribunales administrativos procedían no solamente a limitar la acción administrativa señalando los cauces dentro de los cua-

⁶⁰ Hauriou, M. “De la formation du droit administratif francais depuis l’An VIII” en *Revue Generale d’Administration paraissant tous les mois*, 1892, t. III, may-aout, Berger-Levrault Editeurs, París, pp. 385-403.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Giannini, M. S. “Discorso generale sulla giustizia amministrativa”, *Rivista di diritto processuale*, 1963, N° 4, p. 536.

⁶³ Vedel, G. y Devolvé, P. “Le systeme francais de protection des administrés contre l’administration”, coll. *Droit public*, París, Sirey, 1991, p. 82.

les la acción administrativa estuviera habilitada a ejercer su poderío en vista de la prosecución del interés general, sino también a establecer las consecuencias, tanto anulatorias como indemnizatorias, en caso de violación de los indicados límites.

Hasta logró desplazar, el nuevo sistema, la primacía que ocupaba perentoriamente la ley en el ámbito del ordenamiento jurídico, utilizando, a tal fin –según el esquema sintética y admirablemente descrito por Juan Carlos Cassagne⁶⁴–, las contundentes armas representadas, en primer lugar, por la indeterminación, propia de los principios, luego, por la necesidad de resolver situaciones jurídicas no prevista en la ley, y, finalmente, por la creación pretoriana del Derecho administrativo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, determinando, de esta forma, la positivización de los principios por vía jurisprudencial.

II. LA EXPANSIÓN

1. *El flujo de la expansión*

El hecho de que, en Francia, el surgimiento pausado y gradual del *droit administratif* y la contextual relevancia de los principios de protección de las personas hayan sido más visibles y objetos de más atención y divulgación que en otras partes, no equivale a decir, sino tal vez excluye, que estos fenómenos hayan surgido de iguales maneras en el ámbito de cada país, siendo posible, en cambio, que cada uno de estos fenómenos haya tenido su particular forma, adaptada a las realidades locales y temporales, al despertar, el pueblo, del letargo de la sumisión al poder centralizado y detentado por manos exclusivas e irresponsables.

Massimo Severo Giannini⁶⁵, aparte de acusar de chauvinismo jurídico a los doctores franceses que sostenían haber sido Francia la primera entre las naciones civiles en crear organismos administrativos centralizados, es partidario de la tesis mayoritaria de acuerdo a la cual, si bien una actividad administrativa y unos organismos administrativos han siempre existido en todos los pueblos y en todas las épocas, el Derecho administrativo, en cambio, no fue apareciendo sino después de la revolución francesa, posteriormente, esta, exclusivamente temporal que, por lo tanto, no puede ser necesariamente interpretada en el sentido de que las creaciones jurídicas administrativas que surgieron en los otros países hayan sido derivados o influenciados del sistema francés, siendo posible que se hayan estado desarrollando de diferentes formas en los varios países de los distintos continentes.

Unos pocos datos más sobre los términos en los cuales el *régime administratif* se ha eventualmente expandido o ejercido algún tipo de influencia hacia otros sistemas dotados o no de régimen administrativo, son suficientes para completar el análisis de la naturaleza, esencia y alcance de los principales elementos que fueron caracterizando ese régimen desde su comienzo, en especial referencia, sobre todo, por lo que aquí releva, a los principios de protección encaminados a abarcar la mayor cantidad posible de las

⁶⁴ Cassagne, J.C. *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, Thomson Reuters, La ley, Buenos Aires, 2015, p. XII.

⁶⁵ Giannini, M. S. “Profili storici della scienza del diritto amministrativo”, en *Quaderin Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2, 1973, Giuffrè Editore, Milano, p. 184.

situaciones de desamparo de las personas frente a las prerrogativas de la Administración junto a la efectividad, seguridad jurídica y positivización confiadas al rol creativo y autónomo de la jurisdicción contencioso administrativa.

Cabe mencionar, en reducida síntesis, una antigua investigación de Antonio Moles Caubet,⁶⁶ en la cual el insigne catedrático se limita en señalar, por una parte, una genérica influencia del *régime administratif français* sobre los sistemas de Derecho administrativo que estaban funcionando, con anterioridad, en Bélgica, Italia, España, Portugal, Alemania y Austria, y también en países más lejanos como Polonia, Rumanía y Grecia, haciendo expresa referencia, por otra parte, a la jurisdicción contencioso administrativa, definida “la propia clave de bóveda del derecho administrativo”, cuya influencia llegaría hasta Dinamarca, Suecia, Noruega, y, asimismo, Turquía, Líbano y Egipto.

Sin embargo, el análisis de los principios de protección más que proseguir a través de la profundización en la búsqueda de los tiempos y lugares en los cuales haya sido posible registrar la expansión del conjunto de enunciados preceptivos con sus correspondientes denominaciones, necesita, más bien, sacar a relucir el criterio, la ponderación, el equilibrio y la intensidad que están a la base de las varias y diferenciadas configuraciones preceptivas, a cada una de las cuales se les ha estado asignando una específica denominación y un contenido particular, en función de la descripción, el señalamiento y la representación de la mayor cantidad y tipicidad de situaciones igualmente diferenciadas y de distinta manera subsumibles bajo el radio de protección del ordenamiento jurídico.

Se trata, en realidad, como ha bien puesto en evidencia García de Enterría⁶⁷, de la técnica de los principios generales del derecho, la cual ha sido postulada y utilizada por la propia Administración pública para que, en vista de las fallas registradas en el ámbito de la legalidad formal sobre ese punto, presidiera y orientara las relaciones con los administrados sin apartarse de los cauces de la justicia, de tal manera que esa técnica –según agrega García de Enterría citando a Forsthoff–, a través de la vinculación a principios jurídicos materiales, asegurara y garantizara la libertad individual y la justicia social, legitimando al Estado como Estado de derecho. El método correspondiente, que ha sido denominado “principial”, se habría difundido en todos los países continentales, dando nuevo impulso y caracterización propia a la ciencia jurídica administrativa y al Derecho administrativo en el ámbito de los ordenamientos jurídicos de esos países. En ese contexto, habrían estado participando o cooperando en el manejo operativo del método y la técnica correspondiente, por una parte, los juristas, en lo que se refiere a descubrimiento y funcionalización de los principios, y, por otra parte, la jurisprudencia, en lo que se refiere a su recogimiento e implementación, pero no están excluidos, como, por lo general, acontecido, en los países latinoamericanos, los legisladores, de tal manera que, según agrega Cassagne, se fue desarrollando, especialmente en Europa continental, un movimiento doctrinario y jurisprudencial el cual, a causa de las mencionadas fallas del Derecho administrativo clásico, tuvo como objetivo fundamental la incorporación al sistema jurídico de un conjunto de principios generales del Derecho administrativo.

⁶⁶ Moles Caubet, A. *Ibidem*, pp. 17-21.

⁶⁷ García de Enterría, E. “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, en *Revista de Administración pública*, N° 40, 1963, pp. 204 ss.

En España, además, ha sido realizada, por primera vez, a través de la Ley de Azcarate de 1889, la codificación del procedimiento administrativo, pero sin que se hiciera alguna alusión o referencia a principios generales y menos aún a principios de protección de los derechos de los administrados, aparte de la finalidad específica de protección asumida por el Derecho administrativo en proceso de adaptación. En 1958, a través de la ley de 17 de julio de ese año, que se dio en llamar segunda codificación, aparecieron algunos esbozos de principios generales, que es posible colegir tanto de la genérica mención que hace la ley en el encabezamiento de los capítulos principales, como, también, de algunas específicas referencias, tales y como el principio de economía, celeridad y eficacia de la actuación administrativa (artículo 29-uno), principio de legalidad (artículos 40 y 47), principio de motivación (artículo 43), entre otros. Pero es solamente con las reformas de 1992 y por último con la ley de 13 de enero de 1999 que la ley de procedimiento administrativo española adquiere una caracterización definitiva, la cual, en efecto, habría ejercido notable influencia sobre los sistemas administrativos latinoamericanos, y, particularmente sobre la ley venezolana de 1 de julio de 1981 y la ley peruana de 10 de abril de 2001⁶⁸.

Los principales países latinoamericanos, según comenta Brewer-Carías, se han caracterizado, en efecto, por la enumeración en el propio texto de las leyes administrativas, del conjunto de principios generales, “permitiendo así al juez contencioso administrativo o de control de la actividad administrativa, tener más precisas herramientas de control sobre la actuación administrativa”⁶⁹. Dicho en otros términos, la inserción de la marcada especificación de todos los principios fundamentales –tales como imparcialidad, ilegalidad, impulso de oficio, verdad material, economía, celeridad, eficacia, transparencia, flexibilidad-informalidad, justo procedimiento, contradictorio, buena fe, lealtad en la búsqueda de la verdad, motivación de la decisión, gratuidad y proporcionalidad– ha constituido la premisa obligatoria e indispensable en el ámbito de las leyes encaminadas a reglamentar de alguna forma la acción o actividad administrativa⁷⁰.

El resultado definitivo se resuelve en el fenómeno de la codificación de los principios del Derecho administrativo, con la doble ventaja, relacionada, por una parte, con el hecho de que su implementación estaba desvinculada de rígidos supuestos de hecho y abierta a los más amplios márgenes de abstracción e indeterminación, y, por otra parte, con la certeza de poder confiar sobre la fuerza intrínseca de la legalidad derivada de la ley, toda vez que los principios, por el casi inexistente e inefectivo rol mantenido al respecto por los jueces en el contexto latinoamericano, no habían tenido la misma oportunidad que en otras partes de consolidarse como principios y adquirir como tales su propia fuerza vinculante.

⁶⁸ Brewer-Carías, Allan R. “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de procedimiento administrativo general del Perú”, en Derecho PUCP, *Revista de la facultad de derecho*, N° 67, 2011, pp. 47-76.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ De Falco, V. “Il diritto amministrativo messicano Prospettive contemporanee a confronto con il processo evolutivo in America Latina”, en *Cuestiones Constitucionales*, N° 41, México, jul. Dic. 2019, Epub 22 abr. 2020; Brewer-Carías, A. “Principios del procedimiento administrativo. Hacia un estándar continental”, en Christian Steiner (Ed.), *Procedimiento y Justicia administrativa en América latina*, Konrad Adenauer, Stiftung, México, 2009, pp. 163-199.

En pleno apego a la mencionada técnica de codificación de los principios, la ley N° 27.444 de fecha 10 de abril de 2001, dictada, en el Perú, para modificar uno de los primeros cuerpos normativos de Latinoamérica en materia administrativa, es decir el Reglamento de Normas Generales del procedimiento administrativo, decretado, a su vez, en 1967 y convertido en ley en el año 1992, procedió a enunciar como principios encaminados a regir la actuación administrativa, el principio de legalidad, el debido procedimiento, el impulso de oficio, la razonabilidad, la imparcialidad, el informalismo, la presunción de veracidad, la conducta procedimental, la celeridad, la eficacia, la verdad material, la participación, la simplicidad, la uniformidad, la predictibilidad y el privilegio de controles posteriores⁷¹. La codificación de los principios se encuentra contenida, en Venezuela, en el Decreto con fuerza de ley N° 368 de 5 de octubre de 1999 y, asimismo, en la Ley orgánica de administración pública de 17 de octubre de 2001. En Colombia ha sido utilizada a tal fin la ley N° 1437 de 2011, mientras que en Brasil los principios de protección administrativa han sido codificado en la ley general de procedimiento N° 9.784 del año 1999. Además, la ley N° 38 del 31 de julio de 2000 representa la ley de codificación de Panamá, y, de la misma manera, la ley N° 2.341 de 23 de abril de 2002 contiene la codificación de los principios administrativos en Bolivia, a la cual sigue, el 29 de mayo de 2003, en Chile, la ley n. 19.880 contentiva de los principios de protección de los derechos administrativos⁷².

Cabe destacar que en Venezuela es la propia Constitución –actualmente, la de 1999– la que contiene previsiones expresas respecto de los principios que caracterizan el Estado democrático, social de derecho y de justicia, el cual tiene sus fundamentos en los valores superiores representados por la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la preminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (artículo 2), y persigue como fines esenciales, entre tantos otros, la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, configurando todos esos valores y fines los principios fundamentales del derecho público, incluyendo el marco de actuación de la Administración pública, aparte de las previsiones expresas también sobre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa⁷³.

2. *Los principios convencionales*

Hablar de los principios convencionales de los derechos de protección de las personas es lo mismo que explicar en qué consiste la tutela efectiva, tanto administrativa como judicial. Por un lado, en realidad, según repetidamente referido en la parte que antecede, el Estado de derecho se constituye, se erige, se desarrolla y prospera en el ámbito de la sociedad organizada con la finalidad de mantener al centro de su concreta operatividad, es decir la actuación administrativa, el valor de la persona humana y su dignidad, la cual, englobando todos los otros derechos, definidos y definibles, reconoci-

⁷¹ Brewer-Carías, A.R. “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de procedimiento administrativo general del Perú”, en *De-recho PUCP, Revista de la facultad de derecho*, N° 67, 2011, pp. 47-76.

⁷² De Falco, V. *Ibidem*, nota 13.

⁷³ Brewer-Carías, A. *Tratado de derecho administrativo. Derecho público en Iberoamérica*. Fundación de derecho público. Editorial Jurídico Venezolana, Caracas, 2013, pp. 367-372.

dos y en vía de reconocimiento, “constituye un principio básico que resulta paradigmático en el sentido de que se proyecta a todo el ordenamiento prevaleciendo sobre las normas e informando su interpretación”⁷⁴. Por otro lado, ese mismo principio, asumido como eje portante del paradigma de más amplia dimensión y alcance referido a la entera categoría de los derechos humanos, convertidos, además, en derechos fundamentales de todo tipo de ordenamiento, ha favorecido la implementación y operatividad de un conjunto de tratados o convenios internacionales, los cuales, al lograr consenso y aceptación universal alrededor de los mencionados derechos, han hecho posible la formulación de nuevos estándares de principios, susceptibles de imponerse sobre todos los ordenamientos y las constituciones respectivas.

El ordenamiento internacional, ha contribuido, de esa forma, a dar mayor fuerza, garantía y efectividad a los principios dirigidos a la tutela de las personas respecto de una actuación administrativa que “no se resuelve ni se agota en un proceso decisorio” en vista de que la Administración pública también “realiza prestaciones y servicios por sí o a través de múltiples fórmulas”⁷⁵. La consecuencia es que, en virtud de los mencionados principios, ahora paradigmáticos del orden internacional, corresponde a los Estados el deber de organizar la estructura jurídico administrativa necesaria para cumplir integralmente con su rol, “tomando todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de todos los derechos que la Convención reconoce”, como afirmado por la Corte Interamericana de derechos humanos en sentencia de fecha 21 de junio de 2002⁷⁶.

Los principios a los cuales el órgano jurisdiccional internacional otorga fuerza normativa, y, por lo tanto, vinculante, no son, en este caso, de creación pretoriana, al estilo del Consejo de Estado francés, sino que se derivan del orden normativo internacional del cual son parte integrante los tratados y convenios, tales y como la Convención Americana sobre derechos humanos, ratificada por casi todo los estados latinoamericanos, aparte de haber adquirido jerarquía constitucional en esos mismos países. El artículo 1.1 de esa Convención, por ejemplo, hace explícita y expresa referencia al derecho a la tutela administrativa efectiva, que refleja uno de los principios que los Estados partes están comprometidos a garantizar. Pretensión distinta es, en cambio, aquella reflejada en el principio llamado a representar, con diferente denominación, el derecho a la tutela judicial efectiva, que consiste en el derecho de todo individuo o persona a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia con ocasión del ejercicio de sus derechos frente a las prerrogativas de la Administración pública, y está contenido en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada, en 1948, en Bogotá, por la Novena Conferencia Internacional Americana. Se encuentra establecido, asimismo, en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los derechos humanos, adoptada por la Resolución N° 217 A (III) de la Asamblea general de las Naciones Unidas de fecha 10 de diciembre de 1948, y, también, en los artícu-

⁷⁴ Cassagne, J. C. “Proyecciones del principio de la tutela judicial efectiva” en *Revista Jus et Veritas*, N° 43, 2011.

⁷⁵ Aberastury, P. y Blanke, J., *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 127.

⁷⁶ Corte Interamericana de DDHH, caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Toba-

los 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, e, igualmente, por último, en el artículo 2, parte II, del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966⁷⁷.

La misma técnica de los principios convencionales parece haber sido adoptada para incorporar en el ordenamiento jurídico comunitario europeo la tutela de los derechos fundamentales, toda vez que el proceso correspondiente se desarrolla a través de la incorporación –primero, en el artículo 6, n. 2, del Tratado de Maastrich (7 de febrero de 1992) y, después, en el artículo 6, n. 2 y 3, del Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007), ambos relacionados con la Unión Europea– de la previsión que declara los derechos fundamentales garantizados por la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales y, por lo tanto, parte integrante del derecho de la Unión⁷⁸. Cabe destacar, en ese contexto, el artículo 7 del Tratado de Lisboa, cuyas disposiciones han sido definidas como configurativas de un mecanismo de protección del Estado de derecho, por cuanto establecen unas determinadas sanciones, como por ejemplo la suspensión de la fruición de algún tipo de beneficios, para los Estados miembros que fueran reconocidos como autores o responsables de graves y persistentes violaciones de los principios fundamentales de la Unión⁷⁹.

Por otra parte, entre todas las organizaciones de carácter internacional que han aparecido en Latinoamérica en este último período, no se puede dejar en el olvido o inobservada una institución la cual ha sido expresamente creada o fundada con la finalidad de que tuviera como eje de su actividad la modernización de las Administraciones públicas y asumir, por lo tanto, un rol estratégico en el proceso de desarrollo económico y social de la región. Estamos hablando del CLAD, Centro latino americano para el desarrollo, que se constituyó en el año 1972 por iniciativa de los gobiernos pro tempore de México, Perú y Venezuela, estableciendo su sede inicial en Caracas en fuerza de la relativa ley aprobatoria⁸⁰. Actualmente está integrado por casi todos los países latinoamericanos y tres países europeos, España, Portugal y Andorra, por un total de veintidós países, incluyendo, a parte, un miembro observador que es Angola. La contribución y aporte relevante del CLAD en relación con los principios convencionales funcionalmente dirigidos a la protección de los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración pública, consiste, fundamentalmente, en la elaboración, aprobación e implementación no solamente de convenios interinstitucionales de cooperación sino

⁷⁷ Perozo, J. y Montaner, J. “Tutela judicial efectiva en la República Bolivariana de Venezuela”, en *Frónesis*, v. 14, N° 3, Caracas, 2007.

⁷⁸ De Pretis, D. “I principi nel diritto amministrativo dell’Unione Europea”, en *Pensare il diritto pubblico, Liber amicorum per Giandomenico Falcón*, Università degli studi di Trento, N° 17, 2015, p. 148.

⁷⁹ Calonge Velásquez, A. El art. 7 del Tratado de la Unión Europea: un mecanismo de protección del Estado de derecho. “Análisis crítico de su contenido”, en *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019.

⁸⁰ Ley aprobatoria del acuerdo de sede entre el gobierno de la República de Venezuela y el Centro Latinoamericano de administración para el desarrollo, en G. O. N° 2.718 de 30 de diciembre de 1980.

también de documentos, denominados Cartas, dirigidos a impartir conocimientos e instrucciones para que, difundidos y puestos en práctica en los territorios de los países miembros, mejoraran el funcionamiento de la administración pública. El artículo 1 de la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo directivo del CLAD en fecha 10 de octubre de 2013, señala como finalidad de la Carta “el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes”, de tal manera que “los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir, de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana”⁸¹

En conclusión, para seguir mejorando, fortaleciendo y hacer siempre más efectiva la protección de los derechos de las personas, la lucha del Derecho administrativo no se va a parar. Por lo menos, hasta que se encuentre o se fabrique un lugar que sea un modelo concreto –pero no un espejismo ni una ópera bufa– de paraíso terrenal y no haga falta luchar ni contra pandemias ni contra Estados fallidos para defender los derechos fundamentales o la dignidad de algún ser humano.

⁸¹ Gomez-Reino y Carnota, E. Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano, en *R.V.A.P.*, N° especial 99-100, mayo-diciembre 2014, pp. 1609-1621.

37. PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

Alberto BLANCO-URIBE QUINTERO*

Resumen: Dentro de los principios fundamentales del derecho público encuentran una posición de destacada importancia aquellos postulados centrales que rigen la actividad jurídicamente limitada, en pro de la libertad, de la Administración Pública, como instrumento del Poder Ejecutivo, en sus relaciones con los administrados, o incluso mejor, en sus relaciones de servicio con / a las personas.

Particularmente prestamos atención a aquel de esos principios, que pudiera calificarse de principio matriz, y que tiene que ver con la subordinación total del Poder Público, y especialmente de la Administración Pública, frente a la preeminencia de los derechos humanos. Es decir, se pone de manifiesto el carácter meramente instrumental de la organización estatal, en provecho del respeto y el fomento de la dignidad humana.

Palabras claves: Principios fundamentales, Administración Pública, derechos humanos, dignidad humana, preeminencia.

Abstract: Among the fundamental principles of public law are a position of outstanding importance those central postulates that govern the legally limited activity, in favor of freedom, of the Public Administration, as an instrument of the Executive Power, in its relations with the administered, or even better, in their service relationships with / to people.

Particularly we pay attention to that one of those principles, which could be described as the parent principle, and that has to do with the total subordination of the Public Power, and especially of the Public Administration, against the preeminence of human rights. In other words, the merely instrumental nature of the state organization is revealed, for the benefit of respect and the promotion of human dignity.

Key words: Fundamental principles, Public Administration, human rights, human dignity, preeminence.

INTRODUCCIÓN

Para la construcción de un Estado y especialmente para la reconstrucción de un Estado fallido, destruido, desmantelado y desprovisto de sus elementos constitutivos esen-

* Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. Abogado y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela; Especialista en Derecho Público y en Derecho Ambiental de la Universidad de Estrasburgo (antes Robert Schuman), Francia; Especialista en Justicia Constitucional, en Justicia Constitucional y Derechos Humanos y en Derechos Humanos y Garantías Constitucionales de la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Correo electrónico: albertoblancouribe@gmail.com

ciales, desde la perspectiva del imperio del derecho de origen democrático y de la vigencia de la libertad de las personas, como es tristemente el caso del Estado venezolano, resulta indispensable recordar la entidad de los denominados principios fundamentales del Derecho Público.

En esta tarea la academia y las universidades juegan un rol de primer orden, siendo esa su responsabilidad social de mayor alcance, para luego de ese llamado a capítulo, puedan entonces los actores políticos y los operadores jurídicos establecer las bases institucionales y normativas que conlleven a la plena vigencia, mediando el respeto y subordinación por parte de los ejercitantes del poder, debidamente legitimados, de esos principios fundamentales, que en todo momento han de ser siempre punto de partida, acompañamiento en la acción y norte del quehacer de las autoridades públicas respectivas.

Dentro de esos principios fundamentales nos topamos con aquellos que presiden, obviamente dentro del marco de un Estado de Derecho, la actividad de la Administración Pública, desde el inicial y envolvente Principio de Legalidad Administrativa, según el cual la Administración Pública sólo puede hacer aquello que la Constitución, la ley, el reglamento y a la postre la norma jurídica le faculte previamente a hacer, y de la forma en que la previsión jurídica disponga; pasando por los principios rectores del procedimiento administrativo, pues la Administración Pública no puede actuar sino dentro del contexto estricto de un procedimiento administrativo, sea éste iniciado de oficio o a instancia de parte interesada; y hasta llegar al Principio de una Administración Pública al Servicio de la Persona, que pudiéramos asumir como principio finalista o teleológico, demostrativo una vez más de que la razón de ser de la Administración Pública no es otra, y no puede en democracia ser otra, que la de servir a la persona.

Sólo respetando estos principios fundamentales podemos hablar de la Administración Pública no como un tentáculo más de un poder autoritario, sino como una herramienta de un poder democrático que resulta en instrumento de la sociedad, destinado a atender y satisfacer las necesidades de las personas, de modo que se propenda a establecer un estado de cosas que permita y facilite a las personas el ejercicio efectivo de todos y cada uno de los derechos humanos: Una Administración Pública “Pro Libertas”.

Es pues el Principio (pues preferimos hablar en singular) de Protección de los Derechos de las Personas, es decir, el sometimiento ineluctable del poder, representado aquí por la Administración Pública, a la misión constitucional de garantizar los derechos humanos, la piedra angular de los principios del procedimiento administrativo.

I. POSICIONAMIENTO TRASCENDENTAL Y PREEMINENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999. LO FILOSÓFICO

Tratándose los derechos de las personas de no otra cosa que de los derechos humanos, planteado ello si se quiere de una manera que hoy por hoy pudiera ser calificada de más humanista, nos corresponde apreciar el posicionamiento que el ordenamiento jurídico constitucional venezolano aprobado en 1999 acuerda a todos los derechos humanos, en general, abstracción hecha por supuesto, de su constante, reiterada y sistemática violación por parte del régimen de facto que usurpa el poder político desde hace ya varios años, en una realidad que pudiéramos considerar de golpe de Estado permanente.

Así, es claro el sitio de primordial relevancia que el constituyente, vale decir el pueblo venezolano en ejercicio pleno de su soberanía, reconoció y explícitamente otorgó a los derechos humanos, al momento de aprobar, mediando referéndum al respecto, la Constitución de 1999.

La cuestión de la libertad del individuo, de la persona, en la amplia perspectiva del Principio “In Dubio Pro Libertas” y de su gemelo el Principio del “Favor Libertatis”, como hemos tenido oportunidad de argumentar en estrados, actuando como abogado litigante, cuya práctica profesional en buena medida ha consistido en actuar como defensor judicial de administrados y contribuyentes, y también de enseñar en aulas y en textos, como profesor universitario e investigador jurídico en temas constitucionales, procesales constitucionales, procesales administrativos, procesales tributarios y de derechos humanos, depende en gran medida, a título de garantías institucionales y normativas, de figuras clave como lo es el Principio de Legalidad Administrativa¹.

Lo propio cabe aseverar en cuanto a otro pilar primordial como lo es el Principio de Seguridad Jurídica².

Y todo ello, como fundamento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho³.

En este orden de ideas, aparece evidente a mi modo de ver, la motivación iusnaturalista inspiradora de la labor constituyente, que ha implicado lo que juristas de la talla del Profesor Román Duque Corredor han denominado “*La positivación del derecho natural*”⁴, cuando en la exposición de motivos de la Constitución de 1999 se admite explícitamente su adscripción al pensar iusnaturalista, al expresar: “...*la Constitución amplia conceptualmente la protección de los derechos humanos con una marcada influencia iusnaturalista, al disponer que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la 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...*”.

El constituyente venezolano partió de esa forma de una concepción según la cual la libertad es una condición intrínseca y natural del ser humano, de la persona, por lo que

¹ Artículo 141 de la Constitución: “*La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*”.

² Artículo 299 de la Constitución: “*El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta*”.

³ Artículo 2 de la Constitución: “*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*”.

⁴ Duque Corredor, Román J., “*Temario de Derecho Constitucional y Derecho Público*”.

esa libertad antecede a la construcción teórico cultural del Estado, y a su actuación práctica, todo lo cual ha de quedar subordinado al fin de servir y garantizar la continuidad de esa libertad. No es pues la libertad una dádiva del poder, y menos aún podría decirse que la libertad sea otorgada o reconocida por el Estado. Al contrario, el Estado le debe su existencia a un acto libre del ser humano en una sociedad determinada, y su permanencia queda sujeta al respeto de esa realidad.

Es en virtud de estas consideraciones que el ordenamiento jurídico constitucional venezolano, entonces de marcada y trascendente inspiración iusnaturalista, se inscribe dentro de los postulados básicos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas⁵, donde destaca la idea de que toda persona nace libre e igual. Es decir, que la libertad, con arraigo en la dignidad humana, manifestada bajo la enunciación del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, lejos de ser el resultado de una concesión de parte del Estado (léase del poder), deriva de una condición ontológica de la persona, de evidente origen pre-estatal y eminencia supra-estatal. El Estado (el poder) está para servir a la persona humana y no la persona humana para servir al Estado (al poder), esto último siendo lo propio de regímenes autoritarios de diverso corte ideológico.

Esta concepción, de identidad claramente libertaria, surge de los postulados del Constitucionalismo Moderno, vale decir, de la concepción que asume que la Constitución es un límite al poder a favor de la libertad, que funge como fiel de la balanza, para evitar que se incline hacia la arbitrariedad y el autoritarismo o hacia la anarquía y el libertinaje. De modo que la Constitución no es sólo un texto jurídico, sino sobre todo es un estadio de cosas, cuya existencia depende de la vigencia real de la separación de poderes y de la garantía de los derechos humanos.

No en balde la génesis del surgimiento del Constitucionalismo Moderno nos muestra en dos documentos centrales la revalorización de la persona humana y su ascensión a la cima de las consideraciones de todo orden en el quehacer del manejo de la cosa pública, y esta idea acerca de la noción de Constitución (mediando separación de poderes y respeto de los derechos humanos), como podemos apreciarlo de la simple lectura de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776⁶, base filosófica del proceso independentista norteamericano, y de la Declaración de los Derechos del

⁵ <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (consultada en junio 2020). Artículo 1: “*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*”.

⁶ http://www.tendencias21.net/derecho/Declaracion-de-Derechos-de-Virginia-de-12-de-junio-1776_a107.html (consultada en junio 2020). Artículo 1: “*Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad*”. Artículo 5: “*Que los poderes legislativo y ejecutivo del estado deben ser separados y distintos del judicial; que a los miembros de los dos primeros les sea evitado el ejercicio de la opresión a base de hacerles sentir las cargas del pueblo y de hacerles participar en ellas; para ello debieran, en periodos fijados, ser reducidos a un estado civil, devueltos a ese cuerpo del que originalmente fueron sacados; y que las vacantes se cubran por medio de elecciones frecuentes, fijas y periódicas, en las cuales, todos, o cualquier parte de los exmiembros, sean de vuelta elegibles, o inelegibles, según dicten las leyes*”.

Hombre y del Ciudadano de 1789⁷, base filosófica a su vez de la Revolución Francesa. El elemento conceptual esencial, centrado en un poder público sometido a los derechos humanos, aunado a que allí donde no haya separación de poderes ni garantía de los derechos humanos, ¡sencillamente no hay Constitución...no hay libertad!

Y de todo esto conviene poner de manifiesto que no se trata de postulados ajenos a nuestra historia constitucional, no solo por el hecho de que ambos sucesos históricos mencionados fueron antecedentes claves para el proceso independentista venezolano, sino por encontrarse a su vez explícitamente reconocidos en el documento que sirve de base filosófica a nuestra independencia, según la pluma de nuestros padres civiles fundadores, como lo es la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811⁸.

Puede entonces apreciarse el rol trascendente que encuentran los derechos humanos dentro de la parte dogmática de la Constitución de 1999, totalmente determinante y limitante de las potestades, funciones, atribuciones y competencias que se reconocen en su parte orgánica, a todos y a cada uno de los entes que integran al Poder Público, y muy específicamente a aquellos encargados a diversos títulos de la instrumentación de las Potestades Públicas, en el campo competencial de la Administración Pública, en y sólo en garantía de la libertad –en su más amplio sentido– de las personas. Son entonces principios rectores de rango constitucional en Venezuela, en esta perspectiva, el Principio “Pro Homine” o “Pro-Persona”, el Principio “In Dubio Pro-Libertas” y el Principio del “Favor Libertatis”.

II. POSICIONAMIENTO TRASCENDENTAL Y PREEMINENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999. LO NORMATIVO

Entrando ya a la regulación específica que la Constitución de 1999 contiene en cuanto al explícito posicionamiento que tienen todos y cada uno de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico-político del Estado, sin perjuicio por supuesto de las técnicas de ponderación que la autoridad administrativa y a fin de cuentas la judicial, eventualmente ha de acometer en casos de conflictos entre titulares del gozo de un derecho humano circunstancialmente enfrentados a titulares del gozo de otro derecho humano, como puede ocurrir entre el derecho a la información y el derecho a la protección de la vida privada, o entre el derecho al ambiente y la libertad económica, o entre el derecho a la vida y la libertad de culto, etc., nos topamos con disposiciones de suyo contundentes.

⁷ <http://www.monografias.com/trabajos46/declaracion-derechos-hombre/declaracion-derechos-hombre2.shtml> (consultada en junio 2020). Artículo 1: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común*”. Artículo 2: “*La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión*”. Artículo 16: “*Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*”.

⁸ http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/declaracion-de-los-derechos-del-pueblo-de-1811/html_07ae10e4-f450-41ba-a3fb-8fb7cd0e4bec_2.html (consultada en junio 2020). Artículo 1: “*El fin de la sociedad es la felicidad común, y el Gobierno se instituye al asegurarla*”. Artículo 2: “*Consiste esta felicidad en el goce de la libertad, de la seguridad, de la propiedad y de la igualdad de derechos ante la ley*”.

En este contexto, el artículo 2 constitucional (previamente transcrito en la nota 2) comienza por definir a Venezuela como un Estado democrático y social de derecho y de justicia, declaración que de suyo ya implica que se trata de un Estado que indefectiblemente ha de ser dirigido por autoridades legítimas, democráticamente electas o designadas, y completamente sujeto a la norma de derecho.

Ahora bien, lejos de limitarse a ello, que ya de por sí es de suma relevancia, de inmediato enumera lo que califica como “valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación”, haciendo primero mención específica de la tutela de derechos humanos en particular, como la vida, la libertad, la justicia y la igualdad, todo ello enmarcado dentro del Principio Democrático (pluralismo político y derechos políticos), para luego, y he allí lo trascendente, señalar, en general, la “preeminencia” de los derechos humanos.

En otras palabras, existe en la Constitución una disposición que de forma explícita e inconfundible expresa que la preeminencia de los derechos humanos es el valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado.

Esto quiere decir que frente a cualquier consideración de orden ideológico o de la naturaleza que sea, económica, política, etc., si se pone en juego, a la hora de su posible implementación, el goce real y efectivo de alguno de los derechos humanos, abstracción hecha, insistimos, de los supuestos de aplicación de las técnicas de ponderación, lo cual nos mantiene en el mundo de los derechos humanos, tal consideración debe ser desestimada y hasta enteramente desechada, en provecho del goce cierto y efectivo de los derechos humanos.

Ahora bien, por si ello fuera poco, a continuación seguida el artículo 3 constitucional⁹ incluye dentro de los fines esenciales del Estado la defensa y el desarrollo de la persona, el respeto a su dignidad y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución.

Como decíamos antes, el Estado existe por decisión de la sociedad libre que le antecede y crea, y está para, y sólo para, respetar y garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, con atención a la dignidad intrínseca de la persona humana y en función de su desarrollo libremente autodeterminado¹⁰.

Por su parte, el artículo 19 constitucional¹¹ magnifica el deber del Estado de garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, siendo su respeto y garantía obligatorios para los órganos del Poder Público.

⁹ “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución”.

¹⁰ Artículo 20 constitucional: “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

¹¹ “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”.

De su lado, los artículos 22 y 23 constitucionales¹² consagran la cláusula del número abierto, de modo de no excluir de la protección ningún derecho inherente a la persona, aunque no figure expresamente en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a los cuales les otorga jerarquía constitucional y carácter prevalente en el orden interno, cuando contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos, que sean más favorables a las previstas en la Constitución y en las leyes.

Además, se hace explícita mención del carácter directamente aplicable de los dispositivos que sobre derechos humanos contiene la Constitución y los instrumentos internacionales, al declararse que la falta de ley reglamentaria de tales derechos no menoscaba su ejercicio. Y, como garantía normativa adicional, se consagra la reserva parlamentaria (más garantista que la simple reserva legal, cuando no sólo se atiende a la jerarquía del acto normativo, sino también al órgano y al procedimiento de creación), al disponer el artículo 203 constitucional¹³ que tales leyes reglamentarias deben ser orgánicas, leyes esas que sólo pueden provenir de la Asamblea Nacional (Poder Legislativo).

Finalmente, la obligación estatal de protección, respeto y promoción de los derechos humanos se encuentra compulsivamente reforzada por imperio particularmente de los artículos 25¹⁴, 27¹⁵, 30¹⁶ y 31¹⁷ constitucionales, que prevén la nulidad de los actos violatorios de los derechos humanos dictados por el Poder Público, la responsabilidad penal, civil y administrativa de los funcionarios públicos que los hayan ordenado o ejecutado, el acceso a la acción extraordinaria de amparo constitucional, la obligación de

¹² “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”. “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

¹³ “Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes”.

¹⁴ “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

¹⁵ “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”.

¹⁶ “El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios. El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo”.

¹⁷ “Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos y el acceso a la acción extraordinaria de amparo internacional, ante instancias supranacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (control de convencionalidad)¹⁸ o el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, muy especialmente pero no únicamente en cuanto al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos.

En definitiva, esta presentación relativa a los aspectos centrales del régimen constitucional venezolano de preeminencia de los derechos humanos pone claramente en evidencia el rol determinante que ellos tienen, en cuanto se refiere a la fijación de los fines perseguibles por la actuación de los entes públicos, particularmente de las entidades administrativas nacionales, estatales y municipales, y sus correspondientes limitaciones, todo en provecho del respeto de la dignidad de la persona humana.

Los derechos humanos son entonces la razón de ser teleológica del Poder Público, como garantía de convivencia enriquecedora dentro de una sociedad democrática, y también la frontera infranqueable de hasta dónde pueden llegar las autoridades administrativas en su quehacer cotidiano. Todo esto, en el marco de la norma síntesis de los derechos humanos, contenida en el artículo 20 constitucional: “*Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las derivan del derecho de las demás y del orden público y social*”.

Y no estaría completa esta conclusión, fundada en la consagración de ese carácter preeminente que tienen en la Constitución de Venezuela los derechos humanos, si no tomamos en consideración, además, en refuerzo de ello, que se trata de un sistema de constitución rígida, edificado entonces sobre el garantista Principio de Supremacía de la Constitución, contenido en su artículo 7: “*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*”, seguido de los respectivos controles concentrado y difuso de la constitucionalidad de los actos del Poder Público con rango de ley, y del control de legalidad de los actos infra legales o sublegales.

¹⁸ El Estado Venezolano (más bien su gobierno autoritario) en 2012 y en 2017, respectivamente, pretendió inconstitucionalmente denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la Organización de Estados Americanos, a los fines de burlar el derecho de los venezolanos a verse beneficiados del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La argumentación acerca de la inconstitucionalidad de este proceder se desarrolló en mi ponencia intitulada “*Venezuela (su gobierno) denuncia la CADH y la Carta de la OEA, violando los derechos humanos*”, presentada en el I Seminario Internacional “Hacia el Fortalecimiento de la Justicia Constitucional e Interamericana”, Homenaje a los 40 Años de entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978-2018), Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LatinIuris), La Paz, Bolivia, Septiembre de 2018. El 4 de diciembre de 2017, expediente N° 2017-005, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia legítimo de Venezuela en el exilio, declaró la nulidad absoluta de los actos de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de Estados Americanos, contenidos en las “Notas” N° 000125 del 6 de septiembre de 2012 y S/N° del 27 de abril del 2017, por violar el principio de progresividad de los derechos humanos. Con esta decisión Venezuela vuelve al (o ratifica no haber podido salir nunca del) al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con lo que se reinstaura la posibilidad del control de convencionalidad. Habrá que esperar la recuperación de la democracia para gozar de la ejecución de este fallo libertario.

III. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, EN LA LETRA DE LAS NORMAS

Conviene recordar la previsión normativa de principios rectores de la Administración Pública, dentro de cuyo amplio espectro han de manifestarse en concreto los que tienen que ver con la actividad administrativa, que como hemos dicho antes, se expresa a través de procedimientos “administrativos” estrictamente regulados por la ley, sea que se inicien de oficio o a instancia de parte interesada.

En este orden de ideas, y partiendo siempre, como se debe en un sistema jurídico de constitución rígida, de los preceptos constitucionales, tenemos que existe una disposición que de manera específica refiere los principios rectores o directivos de la Administración Pública.

En efecto, se trata del artículo 141 constitucional. Empero, antes de entrar a tratar acerca de su contenido normativo, aparece de suyo curioso e importante destacar su ubicación. Así, en el Título IV “Del Poder Público”, se inicia, como lógicamente corresponde, con un Capítulo, el I, dedicado a lo esencial, bajo la denominación “De las Disposiciones Fundamentales”, dividido en dos Secciones. La Primera habla “De las Disposiciones Generales”, en donde se llevan al texto normativo los postulados centrales de una sociedad democrática con un Estado a su servicio, objeto de nuestro análisis en los incisos anteriores de nuestro presente estudio, como lo son el Principio de Separación de los Poderes en el artículo 136 constitucional¹⁹, el Principio de Legalidad en Derecho Público (omnicomprensivo del Principio de Legalidad Administrativa) en el artículo 137 constitucional²⁰, reforzado por las consecuencias de la usurpación del poder en el artículo 138 constitucional²¹, y la consagración de la responsabilidad derivada del ejercicio del poder en los artículos 139²² y 140²³ constitucionales.

E inmediatamente la Sección Segunda, lejos de regular otros aspectos de la estructura o de la organización de las ramas del Poder Público en su amplio sentido, sorpresivamente, al menos para mí, trata “De la Administración Pública”, quizás precisamente por ser la herramienta de poder cuya acción se encuentra más presente en el quehacer cotidiano de la ciudadanía, de las personas, en su condición entonces de administrados o contribuyentes, por lo que tiene mayores posibilidades de afectarlas en su dignidad y derechos, al momento de ejercer sus atribuciones legales.

¹⁹ “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

²⁰ “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

²¹ “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

²² “El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”.

²³ “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.

Esa motivación claramente garantista o protectora de la persona, y no otra, es la razón por la que, a mi juicio, antes de tratar de cualesquiera otra de las manifestaciones del Poder Público, con toda la relevancia que tienen, desde el lejano legislador dictando normas hasta el cercano pero eventual juez impartiendo justicia, el constituyente consagra los principios rectores de la actividad administrativa.

Y es allí entonces donde encontramos ese evocado artículo 141 constitucional que a la sazón prescribe: *“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”*.

Esta enumeración de principios de suyo no es exhaustiva, sino meramente enunciativa del espíritu constituyente, que en este rubro podemos resumir en esos dos grandes principios centrales que son el Principio de Legalidad Administrativa o de Sometimiento Pleno a la Ley y al Derecho, y el Principio de una Administración Pública al Servicio de la Persona, que son garantías normativas del mandato constitucional de preeminencia de los derechos humanos, en atención de la obligación de defender la dignidad humana.

Así, observamos que estos principios reciben desarrollo en el Decreto N° 1.424 del 17 de noviembre de 2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la Gaceta Oficial de la República Extraordinaria N° 6.147 de la misma fecha, en cuyo artículo 3, quizás burlescamente, pero seguro en el más cruel y mentiroso populismo, se expresa que: *“La Administración Pública tendrá como objetivo de su organización y funcionamiento hacer efectivos los principios, valores y normas consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en especial, garantizar a todas las personas, el goce y ejercicio de los derechos humanos”*. Luego, con la misma perversa idea de nada de eso acatar, afirmación que no proviene originariamente de nuestra palabra, sino de nuestra experiencia propia y como abogado defensor de derechos humanos de las personas actuando como administradas y contribuyentes, el artículo 10 pretende parafrasear y hasta ampliar la enumeración de principios constitucionales al respecto, estableciendo que: *“La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales”*. Aquí la Administración Pública debería con honestidad aconsejar: *“para juzgarme no te fijas en lo que digo, sino en lo que hago o dejo de hacer”*.

Lo tragicómico de este texto reiteradamente vulnerado por el gobierno usurpador y autoritario del que paradójicamente surgió, es que menciona el deber de cumplir y someterse a estos principios rectores de la actividad administrativa que estamos presentando, como es el caso del Principio de Legalidad Administrativa, del Principio de una Administración Pública al Servicio de la Persona y del Principio de Respeto de los Derechos de las Personas²⁴.

²⁴ Artículo 4: *“La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido*

Y en la misma línea presenta una serie de dispositivos que lamentablemente no tienen eficacia normativa alguna, que están irónicamente referidos al Principio de Responsabilidad²⁵; al Principio de Rendición de Cuentas²⁶; el Principio de Eficacia²⁷; el Principio de Eficiencia²⁸; el Principio de Participación, al cual se dedica todo el Título VI, conteniendo normas también sobre el Principio de Información y con él el Principio de Transparencia, y que resultan en conjunto de los más lesionados en perjuicio de las personas²⁹, de lo que no se salvan las disposiciones del Título VII dedicadas nada menos que al Derecho de Acceso a los Archivos y Registros de la Administración Pública³⁰, todo un fantasma.

en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico”. Artículo 5: “La Administración Pública está al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las de carácter social. La Administración Pública debe asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella”.

- ²⁵ Artículo 8: “Las funcionarias públicas y funcionarios públicos incurrir en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, según el caso, por los actos, hechos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin que les sirva de excusa órdenes superiores”. Artículo 13: “La Administración Pública será responsable ante las personas por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad de cualquier índole que corresponda a las funcionarias o funcionarios por su actuación. La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran las personas en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento”.
- ²⁶ Artículo 14: “Las funcionarias y funcionarios de la Administración Pública deberán rendir cuentas de los cargos que desempeñen, en los términos y condiciones que determine la ley”.
- ²⁷ Artículo 19: “La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública perseguirá el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, ...”.
- ²⁸ Artículo 20: “La asignación de recursos a los órganos, entes de la Administración Pública y demás formas de organización que utilicen recursos públicos se ajustará estrictamente a los requerimientos de su organización y funcionamiento para el logro de sus metas y objetivos, con uso racional de los recursos humanos, materiales y financieros”.
- ²⁹ Artículo 139: “Los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública”. Cuando es bien sabido que solo se “promueve la dicha participación” por medio de consejos comunales que no solamente están adscritos al gobierno, sino que además se viola de paso la libertad asociativa. Artículos 140: “Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas...”; y, 141: “El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas...”. Artículo 142: “La Administración Pública deberá establecer sistemas que suministren a la población la más amplia, oportuna y veraz información sobre sus actividades...”. Artículo 143: “Todos los órganos y entes de la Administración Pública mantendrán permanentemente actualizado y a disposición de las personas, en las unidades de información correspondientes, el esquema de su organización y la de los órganos dependientes o entes adscritos, así como guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia”.
- ³⁰ Artículo 159: “Toda persona tiene el derecho de acceder a los archivos y registros administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión o el tipo de soporte material en que figure, salvo las excep-

Para terminar con esta vergonzosa reláfica de principios groseramente incumplidos, por lo que respecta a este cuerpo normativo, y por ser de gran relevancia en cuanto concierne propiamente a los principios que habrían de regir el procedimiento administrativo, en función de los derechos de las personas, conviene citar los preceptos contenidos en los artículos 7 y 9, referidos respectivamente a los “*Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública*” y a la “*Garantía del derecho a petición*”, y cuyo tenor sin excepción reiteradamente burlado por las administraciones públicas en Venezuela es el siguiente:

“Las personas en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos: 1. Conocer, en cualquier momento, el estado de los procedimientos en los que tengan interés, y obtener copias de documentos contenidos en los archivos que se lleven a tales efectos, siempre y cuando no estén calificados como reservados o confidenciales de conformidad con la normativa aplicable, a excepción de los jueces y las partes interesadas. 2. Conocer la identidad de las funcionarias o funcionarios al servicio de la Administración Pública bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos. 3. Obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban cursar en un procedimiento. 4. Obtener copias certificadas de expedientes o documentos en los términos previstos en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y demás normativa aplicable. 5. Formular alegatos y presentar documentos en los procedimientos administrativos en los cuales tengan interés, en los términos o lapsos previstos legalmente. 6. Presentar sólo los documentos exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate. 7. Obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar. 8. Acceder a los archivos y registros de la Administración Pública en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás normativa aplicable. 9. Ser tratados con respeto y deferencia por las funcionarias y funcionarios, los cuales están obligados a facilitar a las personas el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. 10. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren precedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la Ley, salvo el procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República. 11. Los demás que establezcan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley”. Y,

“Las funcionarias públicas y funcionarios públicos tienen la obligación de recibir y atender, sin excepción, las peticiones o solicitudes que les formulen las personas, por cualquier medio escrito, oral, telefónico, electrónico o informático; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes, independientemente del derecho que tienen las personas de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.

En caso de que una funcionaria pública o funcionario público se abstenga de recibir las peticiones o solicitudes de las personas, o no de adecuada y oportuna respuesta a las mismas, serán sancionados de conformidad con la ley”.

ciones establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto”.

Estos dos dispositivos de suyo de trascendental importancia en cuanto conciernen al actuar al servicio de las personas y en resguardo de sus derechos y, en consecuencia, de su dignidad, con sujeción a la ley y al derecho, son letra muerta en la Venezuela de hoy y desde hace ya varios lustros.

Ahora bien, luego de haber pasado revista a este listado de principios de la actividad administrativa, conviene precisar que ellos mismos, palabras más o palabras menos, han estado presentes en el ordenamiento jurídico venezolano hace larga data, incluso en normas preconstitucionales por tanto aún vigentes, al menos formalmente, como veremos a continuación siguiendo cada uno de los principios citados por la Constitución.

Así, acorde con el mandato expreso de la Constitución, cuando la Administración Pública actúe, obviamente solo en el fiel cumplimiento de sus facultades o atribuciones legales, lo cual indefectiblemente estará siempre circunscrito dentro de la sustanciación de un procedimiento administrativo, sea iniciado de oficio o a instancia de parte interesada, tendrá que hacerlo obrando al servicio de la persona, por ser precisamente ese su telos, servir al ser humano, ciudadano, persona, y no al poder del que depende, pero que a su vez existe por decisión de aquel, para atenderle en su requerimiento de cada vez mayor y mejor calidad de vida (Principio de Progresividad de los Derechos Humanos ex artículo 19 constitucional), siendo la consideración de los derechos humanos o derechos de la persona, preeminente a cualquier otra (incluyendo en eso el programa político y la ideología del gobierno ‘legítimo’ de turno). Es una obligación constitucional asegurar su respeto y goce efectivo.

Llegados a este punto, no sería entonces apropiado olvidar la vigencia actual de un cuerpo normativo que ha permanecido no derogado formalmente, quizás por su total y lamentable ineficacia, como lo es el Código de Conducta de los Servidores Públicos³¹, publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 36.496 de fecha 15 de julio de 1998, por lo que se trata de un cuerpo normativo preconstitucional, pero vigente por no ser contrario a las previsiones del nuevo texto constitucional³², ni haber sido formalmente derogado.

No dejemos pasar por alto incluso la denominación de los agentes de poder en este caso, que en lugar de ser catalogados como de costumbre de funcionarios o empleados públicos, acorde con el Principio de una Administración Pública al Servicio de la Persona, se les llama servidores públicos.

Veamos su tratamiento coincidente con los dispositivos comentados previamente.

a) Principio de una Administración Pública al Servicio de la Persona:

Según el artículo 21 de este Código: *“La vocación de servicio de los servidores públicos será practicada y apreciada según los siguientes criterios: a) Todo servidor público debe desempeñar su cargo en función de las obligaciones que le confieren utili-*

³¹ Que a pesar del calificativo de “Código” es un decreto presidencial. No obstante, el uso definido de esa palabra, acordado en el artículo constitucional: *“La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos”*.

³² Disposición Derogatoria Única: *“Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a esta Constitución”*.

zando todos sus conocimientos y su capacidad física e intelectual, con el fin de obtener los mejores resultados. b) El servidor público actuará permanentemente con solidaridad, respeto, cordialidad, tolerancia y consideración para con el público. c) El servidor público, para el cabal ejercicio de sus funciones, solicitará de sus superiores, se le informe las funciones, los deberes, los procedimientos, la ubicación jerárquica y los canales regulares de comunicación propios del cargo que ha de ejercer”.

Y muy ligado a lo anterior, el artículo 18 indica que: *“La equidad de los servidores públicos será practicada y apreciada según los siguientes criterios: a) Todo aquel que solicite o demande atención o servicio por ante un servidor público deberá recibir un tratamiento imparcial y objetivo. b) La prestación del servicio se debe en igual cantidad o calidad a todos los usuarios, concediendo la misma oportunidad a todos y cada uno de ellos. Estarán justificados sólo aquellos tratamientos especiales amparados por ley o resolución pública del organismo competente. c) Para la justa y correcta prestación del servicio, el servidor público deberá estar permanentemente consciente de que su trabajo está regido por el interés de ser útil a quien demande un servicio, sin considerar condición social, política, económica, religiosa, étnica, o de cualquier otro orden, respetando fielmente sus derechos individuales. d) La actitud asumida por el servidor público en los actos del servicio no debe permitir que odios, simpatías, antipatías, caprichos, presiones o intereses de orden personal o grupal interfieran en el trato con el público, con otras autoridades o con sus compañeros de trabajo, superiores o subordinados”.*

b) Principio de Honestidad:

Por otra parte, y para que efectivamente pueda la Administración Pública servir a la persona, obviamente respetando la ley, habrá de ceñirse al Principio de Honestidad. Se trata de un extremo de naturaleza ética sobre cuyos elementos morales no pensamos detenernos ahora. Al respecto, el artículo 5 de este Código establece que: *“La honestidad exige actuar teniendo en cuenta siempre que los fines públicos excluyen cualquier comportamiento en desmedro del interés colectivo, destinado de alguna manera al provecho personal o grupal de los servidores públicos o de un tercero cualquiera que éste sea, o buscarlo u obtenerlo por sí mismo o por interpuesta persona”.*

A su vez, el artículo 17 presenta una enumeración bastante concreta de situaciones en las que se ejemplifica lo que se entiende por un proceder desde la honestidad: *“La honestidad de los servidores públicos será practicada y apreciada según los siguientes criterios:*

a) Los servidores públicos deberán rechazar en el ejercicio de sus funciones los regalos, invitaciones, favores, dádivas, pago de viajes, uso de medios de transporte o cualquier clase de halagos, beneficios materiales o inmateriales, ofrecidos por personas o grupos interesados en obtener decisiones favorables o de cualquier tipo. b) El servidor público deberá abstenerse en forma absoluta de ejercer sus funciones o autoridad con fines distintos al interés público. A tal efecto no deberá, en ninguna circunstancia, vincular su vida privada con el desempeño del cargo que ejerce, ni utilizarlo para hostigamiento, acoso o seducción de cualquier tipo. c) Los servidores públicos se abstendrán de celebrar contratos de cualquier naturaleza con la República por sí, ni por terceras personas. d) Los servidores públicos se inhibirán de conocer o participar por sí o por terceras personas en asuntos en los cuales tengan directa o indirectamente especial interés. e) Las entrevistas con personeros o particulares interesados en una

determinada decisión deberán ser efectuadas en la respectiva oficina o lugar de trabajo del funcionario. f) El acceso a datos e informaciones que dispongan los servidores públicos debido al ejercicio de sus funciones, competencias, labores o empleos no deberá ser utilizado para fines distintos de los institucionales. g) Los subordinados no deben ser obligados a realizar durante el tiempo de trabajo actividades correspondientes a los asuntos e intereses personales de sus superiores. h) Ningún servidor público después de asumir su cargo o funciones podrá continuar desempeñándose como administrador de sus negocios particulares, inversiones o empresas, si éstas menoscaban el estricto cumplimiento de sus deberes en cuyo caso deberán delegar sus poderes de administración. i) Quienes hayan ejercido funciones públicas se abstendrán, por un año, de utilizar la información obtenida en el ejercicio de su cargo en contra de los intereses de la República. j) El servidor público mostrará la rectitud e integridad de su conducta escogiendo siempre cuando esté delante de dos opciones la mejor y más ventajosa para el bien común. k) El servidor público ejercerá con moderación y discreción las prerrogativas inherentes al cargo y se abstendrá de ello cuando cause algún perjuicio a los legítimos intereses de los usuarios de los servicios públicos. l) El servidor público bajo ninguna circunstancia retardará o dificultará a cualquier ciudadano el ejercicio regular de su derecho y menos en forma que pueda causarle daño moral o material”.

c) Principio de Celeridad:

Sobre este punto el artículo 25 del Código, si bien habla más bien de Puntualidad, es obvia la cercanía y la dependencia entre ambas nociones, pues mal de puede actuar en la celeridad si no se es puntual: “La puntualidad de los servidores públicos será practicada y apreciada según los siguientes criterios: a) Los horarios de trabajo serán cumplidos exactamente como han sido establecidos. b) Los servidores públicos encargados de atender al público comenzarán su horario de trabajo sin mayores dilaciones, y al terminar le manifestarán cortésmente y no de manera abrupta la conclusión de sus labores. c) La modificación de horarios debe garantizar al usuario recibir el mismo servicio ofrecido o mejorado, por lo cual no deberán hacerse cambios de horarios que lesionen el derecho del público asistido. d) Las pausas en el trabajo no deben prolongarse injustificadamente; los horarios corridos sólo podrán establecerse si está asegurado su efectivo cumplimiento. e) Los servidores públicos no deben por ningún concepto acortar el tiempo de trabajo en vísperas de festividades o fines de semana. Tampoco se tolerará la prolongación de los asuetos por días feriados que ocurran hacia el comienzo o fin de la semana laboral”.

d) Principio de Eficacia:

El artículo 23 del Código prevé que: “La eficacia de los servidores públicos será practicada y apreciada según los siguientes criterios: a) Es deber de todo superior jerárquico de un despacho público crear, promover y mantener una infraestructura técnico-administrativa, mediante la cual las disposiciones del presente Código sean efectivamente aplicables, como directivas, manuales, instructivos y cualquier otro instrumento requerido. b) Es deber de todo superior jerárquico de un despacho público disponer y mantener abiertos canales de información para la recepción, atención y tratamiento de quejas, reclamos, denuncias, peticiones, solicitudes y sugerencias que el público y la ciudadanía en general planteen sobre los deberes y comportamiento ético de los servidores públicos. A tal efecto en todos los despachos y dependencias públicas se organizarán y dispondrán oficinas, servicios o procedimientos para este cometido. c)

Los despachos públicos colaborarán entre sí y se prestarán toda la atención e información necesaria que posibiliten el mejor cumplimiento de lo prescrito en el presente Código. d) Los superiores jerárquicos deberán organizar debidamente su tiempo de audiencia a la ciudadanía, de manera de evitar largas antesalas y esperas indefinidas. e) En caso de formación de largas colas de público en espera de que se le atienda, los supervisores deberán organizar el trabajo de los funcionarios, adoptando las medidas necesarias para resolver prontamente la situación. f) El uso de los recursos científicos y tecnológicos al alcance, así como la disposición a ser capacitado para el logro de mejores resultados en su aplicación, será práctica obligada de los servidores públicos. g) El servidor público deberá llevar un registro continuo y actualizado de las actividades atinentes a las labores desempeñadas, con el fin de autoevaluar sus logros y resultados”.

e) Principio de Transparencia:

Llegará el día en que el servidor público venezolano deje de pretender esconderse en un pretendido “secreto sumarial”, y entonces sin temor, y más bien con satisfacción del bien obrar, exhiba sin subterfugios a las personas interesadas que lo soliciten.

Al respecto el artículo 26 del Código dispone que: *“La transparencia de los servidores públicos será practicada y apreciada según los siguientes criterios: a) Toda persona tiene derecho a conocer la verdad. El servidor público no debe omitirla o falsearla, en menoscabo de lo establecido en la ley. b) La disposición arquitectónica de los despachos públicos deberá realizarse y mantenerse en forma tal que evite el exceso de antesalas y un ambiente físico intimidatorio para la ciudadanía. c) Los servidores públicos con el cumplimiento de los procedimientos previamente establecidos, deben permitir al usuario conocer los pasos a seguir y mostrar un trabajo que no ofrezca dudas en relación a su ejecución. d) La transparencia en los actos del servicio público exige, en especial, que la información de que dispongan los despachos y dependencias públicas ha de considerarse susceptible de acceso a toda persona natural o jurídica que tenga interés legítimo sobre el asunto. La reserva como excepción deberá ser expresamente declarada y fundamentada en razones debidamente justificadas de conformidad con la Ley. e) Los servidores públicos encargados de adquisiciones y compras deberán publicar periódicamente y en sitio visible al público una relación de los bienes adquiridos y servicios contratados, el objeto y valor de tales bienes y servicios, su destino, el nombre del adjudicatario, así como las licitaciones declaradas desiertas. La relación se hará en lenguaje sencillo y asequible al ciudadano común”.*

f) Principio de Responsabilidad:

La impunidad frente a la afectación de los derechos de las personas. Ese mal. Pues el artículo 24 del Código expresa que: *“La responsabilidad de los servidores públicos será practicada y apreciada según los siguientes criterios: a) Todo superior jerárquico de un despacho público velará porque en los actos de juramentación y toma de posesión de los cargos se lean partes seleccionadas de este Código y se entregue un ejemplar al nuevo titular. b) El servidor público debe reconocer sus limitaciones al momento de realizar actividades de servicio público, en especial cuando se trate de contacto directo con el usuario y solicitar si fuere necesario la debida capacitación y colaboración en el área donde lo requiera. c) Los servidores públicos no deben evadir los compromisos contraídos con las personas que acudan en solicitud de la debida prestación de servicios. d) El servidor público como custodio principal*

del patrimonio de la dependencia y ambiente de trabajo donde se desempeña, deberá ser fiel y permanente vigilante de los documentos, bienes e intereses que de ese despacho le han sido confiados. e) Los superiores podrán otorgar las licencias y permisos sin violar imperativos éticos, y los servidores públicos deben solicitarlos en forma moralmente justificada y legalmente correcta. f) El servidor público debe considerarse el primer obligado con el pago de los impuestos, tasas y contribuciones, y no evadirlos por ningún concepto”.

Ahora bien, cerrando ya este paseo por disposiciones normativas abiertamente desatendidas por las autoridades administrativas en Venezuela, resulta curioso que la Ley Orgánica del Poder Ciudadano, publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 37.310 del 25 de octubre de 2001, postconstitucional y también formalmente vigente, tratando el tema de la ética pública y la moral republicana, retoma casi que palabra por palabra las previsiones del Código comentado³³. Y, lo propio cabría decir por lo que respecta al Decreto N° 1.423 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.149 del 18 de noviembre de 2014, que también contribuye con esa retórica populista engañosa de quien anhela que el interesado en conocer el derecho venezolano pierda el ojo de la

³³ Artículo 45: “Se entenderá que atentan contra la ética pública y la moral administrativa, los funcionarios públicos o funcionarias públicas, que cometan hechos contrarios a los principios de honestidad, equidad, decoro, lealtad, vocación de servicio, disciplina, eficacia, responsabilidad, puntualidad y transparencia. Tales principios rectores de los deberes y conductas de los funcionarios públicos o funcionarias públicas se definirán en los términos siguientes: a) La honestidad obliga a todo funcionario público o funcionaria pública a actuar con probidad y honradez, lo cual excluye cualquier comportamiento en desmedro del interés colectivo. b) La equidad obliga a todo funcionario público o funcionaria pública a actuar, respecto de las personas que demanden o soliciten su servicio, sin ningún tipo de preferencias y sólo en razón del mérito, legalidad, motivaciones objetivas con base al principio constitucional de la no discriminación, y sin consideraciones ajenas al fondo del asunto y a la justicia. c) El decoro impone a todo funcionario público o funcionaria pública la obligación de exteriorizarse en un lenguaje adecuado, y con respecto en la manera de conducirse durante el ejercicio de las funciones y tareas asignadas. d) La lealtad impone para todo funcionario público o funcionaria pública la obligación de respetar el ejercicio legítimo de las funciones encomendadas a otras instituciones; de ponderar, en el ejercicio de las funciones propias, la totalidad de los intereses públicos implicados, y la fidelidad, constancia y solidaridad para con el ente en el cual presta sus servicios. e) La vocación de servicio implica que los funcionarios públicos o funcionarias públicas están al servicio de las personas, y en su actuación darán preferencia a los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades, con exclusión de conductas, motivaciones e intereses distintos de los del ente para el cual prestan sus servicios. f) La disciplina comporta la observancia y estricto cumplimiento al orden legal establecido por parte de los funcionarios públicos o funcionarias públicas. g) La eficacia entraña el deber de todo funcionario público o funcionaria pública de dar cumplimiento óptimo y en el menor tiempo posible a los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromiso de gestión, bajo la orientación de políticas y estrategias establecidas por los órganos del Poder Público Nacional. h) La responsabilidad significa disposición y diligencia en el ejercicio de las competencias, funciones y tareas encomendadas, tomar la iniciativa de ofrecerse a realizarlas, así como la permanente disposición a rendir cuentas y a asumir las consecuencias de la conducta, sin excusas de ninguna naturaleza, cuando se requiera o juzgue obligante. i) La puntualidad exige de todo funcionario público o funcionaria pública que los compromisos contraídos y las tareas, encargos y trabajos asignados sean cumplidos eficazmente, dentro de los lapsos establecidos en las normas o los que se haya convenido a tal efecto. j) La transparencia exige de todo funcionario público o funcionaria pública la ejecución diáfana de los actos de servicio y el respeto del derecho de toda persona a conocer la verdad, sin omitirla ni falsearla, en observancia de las garantías establecidas en el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

realidad y quede adormecido o drogado por la mera letra. Limitémonos a citar su artículo 5: *“La simplificación de trámites administrativos se fundamenta en los principios de legalidad, simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe del interesado o interesada, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas”*.

Y para terminar, justicia sea hecha al citar otro texto normativo también preconstitucional y formalmente vigente, que sin duda marcó un hito en el camino de la tutela del Principio de Protección de los Derechos de las Personas por la Administración Pública, como lo es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial de la República Extraordinaria N° 2.818 del 1 de julio de 1981, que sin tanta parafernalia “palabrezca” y dentro del marco sobrio pero certero³⁴ de la Constitución de 1961, no solamente mencionó explícitamente algunos de los principios centrales de la actividad administrativa³⁵, regulando los elementos básicos de todo procedimiento administrativo e incorporando figuras procesales como la de la inhibición³⁶ y el despacho sanador o subsanador³⁷, sino que previó la obligatoria notificación al interesado de la apertura y objeto de un procedimiento administrativo³⁸, la indispensable apertura de un expediente administrativo de libre acceso³⁹, y la necesaria notificación de la decisión so pena de ineficacia⁴⁰, que son garantías todas del respeto ineluctable del derecho al debido proceso.

³⁴ Recordemos que además contenía la cláusula del número abierto, que abrió la puerta a la interpretación mas libertaria posible, en provecho de los derechos de las personas.

³⁵ Derecho de petición (artículos 2, 5 y 45), principio de responsabilidad (artículos 3 y 6), silencio negativo (artículo 4), principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad (artículo 30).

³⁶ Artículo 36.

³⁷ Artículo 50.

³⁸ Artículo 48: *“El procedimiento se iniciará a instancia de parte interesada, mediante solicitud escrita, o de oficio. En el segundo caso, la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior ordenará la apertura del procedimiento y notificará a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo de diez (10) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones”*.

³⁹ *“De cada asunto se formará expediente y se mantendrá la unidad de éste y de la decisión respectiva, ...”* (artículo 31). *“Los documentos y expedientes administrativos deberán ser uniformes de modo que cada serie o tipo de ellos obedezca a iguales características. El administrado podrá adjuntar, en todo caso, al expediente, los escritos que estime necesarios para la aclaración del asunto”* (artículo 32). *“Iniciado el procedimiento se procederá a abrir expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto. De las comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen, se anexará copia al expediente”* (artículo 50). *“Los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo. Se exceptúan los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente. La calificación de confidencial deberá hacerse mediante acto motivado”* (artículo 59).

⁴⁰ *“Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos personales y directos, debiendo contener la notificación del texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse”* (artículo 73).

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REQUIERE DEL RESPETO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, PARA QUE SE CUMPLE EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

El respeto de los principios y garantías que han de estar presentes, regir y asegurar la protección de los derechos de las personas en todo procedimiento administrativo, sea de primer grado o constitutivo de la voluntad administrativa, o de segundo grado o impugnatorio, depende de que sea una realidad el goce efectivo del derecho al debido proceso.

Sin respeto del derecho al debido proceso es imposible que haya cumplimiento del Principio de Protección de los Derechos de la Persona Humana. Este derecho humano en consecuencia de vital importancia está explícitamente reconocido en el artículo 49 constitucional: *“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: 1. 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 le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa...2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario...”*.

Y se encuentra ligado, en virtud del principio de interdependencia previsto en el artículo 19 constitucional, con otros derechos humanos, que también son además principios de la actividad administrativa para la protección de la persona frente a la acción de la Administración Pública, como lo son el derecho a la información y el derecho de acceso a los documentos administrativos (anteriormente aludidos en sus previsiones legales), a que se contraen los artículos 143 y 28 constitucionales: *“Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”;* y, *“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, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas...”*.

Así como muy especialmente también al derecho de petición y obtención de oportuna y adecuada respuesta, reconocido en el artículo 51 constitucional: *“Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo”*.

En otras palabras, no basta en nuestro criterio que nominal o formalmente rijja, de manera pura y simple, el Principio de Protección de los Derechos de las Personas, con todas las manifestaciones o ramificaciones que hemos previamente evocado. No, ello no es suficiente. Resulta fundamental que la sustanciación de todos y cada uno de los procedimientos administrativos, de manera efectiva respete a cabalidad el derecho al debido proceso, en sus diversas fases procedimentales, y muy particularmente en cuanto concierne al derecho a ser oído o derecho de audiencia, y a la libertad probatoria.

Este es pues el fundamento esencial de la consideración de un estadio de cosas en el que se pueda afirmar que el procedimiento administrativo se rige por el Principio de Protección de los Derechos de las Personas, pues todo lo demás gira alrededor del goce efectivo del derecho al debido proceso, y sus garantías de participación defensiva y/o peticionaria, y de acceso a la información.

En este sentido, el estatuto de la persona humana en Venezuela viene dado por el marco constitucional expuesto, y también con jerarquía constitucional en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ya citada), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴¹, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁴², la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³, y decenas de pactos, acuerdos, protocolos y tratados específicos, como los que proscriben tratamientos discriminatorios, entre otros vinculados a los derechos humanos, aplicables en los ámbitos universal y regional, y las normas legales y reglamentarias pre y postconstitucionales formalmente vigentes y de las cuales algunas hemos previamente comentado. En todos estos textos existen dispositivos precisos destinados al reconocimiento del derecho al debido proceso.

El contenido esencial de este derecho se haya magistralmente presentado en la sentencia dictada el 4 de marzo de 2014 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Grande Stevens y otros contra Italia⁴⁴. Allí se sistematizó que el proceso ha de ser equitativo, es decir, consecuente con el principio de igualdad de las partes en el proceso (o principio de igualdad de armas) y con el principio de proporcionalidad. Tengamos presentes al espíritu que la relación que une a la Administración Pública con la persona hace mucho que dejó de ser una relación de poder, para pasar a ser una relación de derecho, entre partes sujetas al principio de igualdad. No puede existir un interés público (supuestamente representado por la Administración Pública) que esté en beligerancia con la incolumidad de los derechos humanos.

EN CONCLUSIÓN

Hemos optado por evidenciar la más que suficiente forma en que el Principio de Protección de los Derechos de la Persona se encuentra siendo objeto de dispositivos constitucionales, legales y reglamentarios en Venezuela, sin perjuicio del contenido específico de tantos tratados internacionales en materia de derechos humanos debida-

⁴¹ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp> (consultada en junio 2020).

⁴² <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (consultado en junio 2020).

⁴³ https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (consultada en junio 2020).

⁴⁴ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-141370%22%5D%7D> (consultada en agosto 2020).

mente ratificados, desde todas sus perspectivas y matices, de manera de poner de manifiesto que el problema del irrespeto sistemático de esos derechos, no deriva de la ausencia de tratamiento normativo al respecto, o de la necesidad de reformas o modificaciones en las regulaciones jurídicas que facilitasen su aplicación.

Por el contrario, el ordenamiento jurídico formalmente vigente es más bien excesivamente más que suficiente, y digo excesivamente por dos razones: por un lado, por lo pomposo del discurso contenido en muchos textos normativos, y por el otro lado, por innecesariamente muchas veces limitarse a reproducir lo que ya precisan otras normas vigentes.

El problema en Venezuela es entonces el de la ineficacia normativa. Y lo más grave de esta ineficacia denunciada, es que la misma, si bien se da en gran medida por la falta de formación y de sensibilización del funcionariado frente a los derechos humanos y la dignidad de la persona (lo que empeora por la impunidad), es también una política alevosamente llevada a ejecución por parte del grupo usurpador del poder, que gobierna de manera no solo populista y autoritaria al país, sino con carácter criminal y sin respeto alguno hacia la persona.

Hemos decidido de ese modo mostrar que el ordenamiento jurídico está bien dotado, y dejar de lado el anecdotario de circunstancias demostrativas de la burla sistemática del Principio de Protección de los Derechos de la Persona, no solamente por parte de los funcionarios administrativos, sino también dada la ausencia de juez que pudiese ponerle coto a ello. No hay independencia ni imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela. No hay si quiera juez natural ni debidas garantías. El juez, en democracia, es el llamado a asegurar la vigencia material o real de la Constitución, es el garante de la libertad, vale decir, del goce de los derechos humanos. No hace falta que nos dediquemos a ese anecdotario en esta ocasión, y remitimos a los informes que sobre violación sistemática de los derechos humanos en Venezuela han emitido por ejemplo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Nos corresponde contribuir al restablecimiento de la vigencia de este principio. Empero eso solo será posible cuando sea restituida la Democracia y el Estado Constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

APONTE NÚÑEZ, Emercio José, *Importancia e Influencia del Régimen Constitucional Venezolano de los Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012.

ARAUJO-JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo. Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007.

_____. *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*, Ediciones Paredes, Caracas, 2009.

BLANCO GUZMÁN, Armando, “La Constitución y los Derechos Humanos”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*, N° 9, Asamblea Nacional e Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas, marzo 2017.

BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, “De la obligación constitucional de recibir, de la Administración Pública”, en *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Coordinador Carlos Luis Carrillo Artiles, Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela, 2008, pp. 87 a 107. Visible en <http://aveda.org.ve/biblioteca.html>

_____. “La Denuncia de la CADH o el Retiro de la CIDH a la Luz de la Ética y del Derecho”, *Revista de Derecho Público* N° 129, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, enero-marzo 2012, pp. 7 a 25. Fe de Erratas: Título incorrecto “La Denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la Luz de la Ética y del Derecho”; y mención incorrecta del autor “Alberto Blanco-Uribe Briceño”.

_____. “La Desviación del Poder, en Fraude al Derecho a la Participación Ciudadana”, en *Derecho Latinoamericano*, Descartes, Ciudad del Este, Paraguay, 2016.

_____. “Vigencia de la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811, como Fuente Primaria y Constituyente de Derecho”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*, 12ª Edición, Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica, Dirección General de Investigación y Desarrollo Legislativo de la Asamblea Nacional, <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/REDIAJ-12.pdf> Caracas, Venezuela, julio 2017.

_____. “El Derecho a la Información y el Principio de Transparencia, como garantías democráticas”, en *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la Democracia: Liber Amicorum al Profesor José Araujo-Juárez*, Coordinadores: Víctor Hernández-Mendible y José Luis Villegas Moreno, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y CERECO, Caracas, Venezuela, 2018.

BREWER-CARIAS, Allan R. y CHAVERO GAZDIK, Rafael, *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

BREWER-CARIAS, Allan R., “Régimen general del procedimiento administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1981”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 11, Universidad Monteávila, Caracas, enero-abril 2017.

DUQUE CORREDOR, Román J. *Temario de Derecho Constitucional y Derecho Público*. Legis. Caracas, 2009.

GARCÍA SOTO, Carlos, “El carácter servicial de la Administración pública: el artículo 141 de la Constitución”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 11, Universidad Monteávila, Caracas, enero-abril 2017.

HÄBERLE, Peter, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, Lima 1997.

HERNÁNDEZ, José Ignacio, “La buena administración en Venezuela: a propósito de los treinta y cinco años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 11, Universidad Monteávila, Caracas, enero-abril 2017.

MIRANDA BONILLA, Haideer, “El Principio de Respeto de la Dignidad Humana”, en *Los Principios Cardinales del Derecho Constitucional*, Coordinadores Haideer Miranda Bonilla y otros, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017.

NUÑEZ, Constanza, “Una Aproximación Conceptual al Principio Pro-Persona desde la Interpretación y Argumentación Jurídica”, *Materiales de Filosofía del Derecho* N° 2017-02, Ediciones Seminario Gregorio Peces-Barba, Madrid, 2017.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “El derecho fundamental de la persona a la buena Administración (principios y derechos integrantes)”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 11, Universidad Monteávila, Caracas, enero-abril 2017.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nelson Eduardo, “La Interpretación del Derecho Administrativo conforme a la Constitución”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, No. 131, Caracas, 2008.

ROJAS, Manuel, *La Ética en la Administración Pública y el Código de Conducta de los Servidores Públicos*, Funeda, Caracas, 2006.

SALINAS GARZA, Juan y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis, *El Debido Proceso en el Estado Constitucional de Derecho*, Editorial Novum, México, 2014.

38. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO VENEZOLANO

Flavia PESCI FELTRI*

Resumen: El presente trabajo desarrolla los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionatorio en Venezuela de acuerdo a la Constitución de 1999 y explica algunas distorsiones previstas de ciertas leyes administrativas que afectan radicalmente el debido proceso y el derecho a la defensa de los ciudadanos cuando son objeto de la potestad punitiva por parte de la Administración pública.

Palabras Claves: Principios fundamentales. Procedimiento sancionatorio. Debido proceso.

Abstract: In this article the principles governing punitive administrative procedures in Venezuela under the 1999 Constitution are developed. The existence of some distortions in several administrative statutes, that radically affect due process of Law of the individuals when they are subject to the punitive power of the Public Administration, are also explained.

Key words: Fundamental principles. Punitive administrative procedure. Due process of Law.

INTRODUCCIÓN

A partir de la invitación que muy gentilmente me han hecho los profesores José Araujo-Juárez y Allan R. Brewer-Carías, para colaborar en esta obra colectiva con ocasión de los 20 años de la publicación de la Constitución venezolana, el tema que abordaré es el relativo a los principios del procedimiento administrativo sancionatorio que requerirá de una especialísima atención cuando se restablezca el Estado de derecho en Venezuela debido a las gravísimas distorsiones que desde el Poder Público se han impuesto, provocando una profundización de la actuación arbitraria de la Administración pública en contra de los derechos fundamentales del ciudadano.

Para tal efecto, y como quiera que parte de mi línea de investigación académica ha estado enfocada en tratar el tema de los principios que rigen la actuación de la Administración pública y el procedimiento administrativo, el presente trabajo tomará algunos de

* Profesora de Derecho Administrativo de la UCV; Miembro del Consejo de Redacción de la REDAV; Secretaria de la AVEDA; Abogada de la UCV; especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de esa misma ciudad. Correo electrónico: fpescif@yahoo.com.

los aspectos que he desarrollado en otras publicaciones¹, intentando cumplir con las directrices que nos han indicado los coordinadores de esta obra y a quienes aprovecho la ocasión para transmitirles mi mayor agradecimiento, estima y admiración.

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LOS CIUDADANOS

El modelo de Estado constitucional se crea a partir de una idea que constituye el eje de toda su concepción: la dignidad de la persona humana y el respeto de sus derechos fundamentales. Es esta premisa la que lo funda, le da sentido y fin, y a partir de la cual se decantan una serie de valores, principios y normas dirigidos a garantizarla y sobre la que se organiza y estructura el funcionamiento del poder y la delicada relación entre este y los derechos de los particulares.

El Estado constitucional es entendido entonces como la organización política del poder sometida al derecho, cuyos titulares acceden a él alternativamente mediante elecciones libres, universales y plurales; y al que la Constitución le atribuye como fin último crear y mantener las condiciones necesarias para lograr la vida en común de los miembros de una sociedad bajo el irrestricto respeto y garantía de las libertades y derechos fundamentales de cada quien.

Bajo las premisas anteriores, el constituyente venezolano de 1999 previó un Estado *democrático y social de derecho y de justicia* que sostiene y defiende como valores superiores del ordenamiento jurídico y de su propia 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* (art. 2 de la Constitución).

De ahí que sucesivamente haya dispuesto que esa organización de poder tiene como fin esencial *la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad* para lo cual es necesario que *garantice el ejercicio democrático de la voluntad popular* y asuma, como propósito de su existencia, *la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo* así como *la garantía del cumplimiento de los derechos y deberes consagrados en la propia Constitución* que le da vida (art. 3 constitucional).

Para lograr tales cometidos, sobre la base de los principios del sometimiento del poder al derecho; la democracia; la protección de los derechos humanos; y la paz, el Estado venezolano está investido a través de la Constitución que lo concibe y diseña, de un conjunto de potestades –legislar, juzgar, administrar y gobernar–, que lo autorizan a imponer unilateralmente su voluntad a los particulares, pero condicionada a que esta

¹ Pesci Feltri, Flavia. “Propuesta para sistematizar el contenido de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en *Temas Fundamentales de Derecho Público, en Homenaje a Jesús González Pérez*. CIDEP, FUNEDA, AVEDA 2020; *Violaciones del derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano* Colección Monográfica, N° 9. Centro para la Integración y el Derecho Público. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2018; “Algunos principios jurídicos relevantes en la obra *El proceso de Franz Kafka*”, en el *Dossier Derecho y Literatura*, publicado por la UNIMET. Caracas, 2016; “Los principios rectores del procedimiento administrativo en Venezuela”, en el *II Congreso Venezolano de Derecho Administrativo en homenaje al maestro Eloy Lares Martínez. Procedimiento Administrativo y Contencioso-Administrativo*. Vol. II. FUNEDA y AVEDA, 2014.

provenga de una norma general y abstracta (principio de legalidad); garantice los derechos individuales (principio de protección de los derechos humanos); y tenga como fin el bien común (principio de satisfacción del interés general).

La sumisión del ejercicio de los poderes del Estado al derecho para asegurar las libertades de los ciudadanos se debe a que en los sistemas de gobierno democráticos, como el previsto en nuestra Constitución (art. 6), el poder y sus instituciones provienen de la soberanía popular, es decir, se originan en cada individuo que conforma la sociedad y es a ellos, considerados individualmente y en su totalidad, a quienes el poder y la Administración pública se les debe.

Por tales motivos la Carta Magna declara que la Administración pública, en el ejercicio de su función administrativa, ha de desplegar sus competencias y potestades asumiendo que *su actividad está al servicio de los ciudadanos* y que su actuación *se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho* (art. 141 constitucional).

Que la Administración pública esté al servicio de los ciudadanos supone que debe desplegar sus potestades con objetividad, es decir, actuar sometida a la ley que exige –en aras de garantizar los derechos de las personas y el derecho a la buena administración– que toda decisión administrativa sea consecuencia del debido procedimiento administrativo.

II. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Entre los poderes que se le adjudican al Estado, se encuentra la potestad sancionadora o *ius punendi* que consiste en la posibilidad, previo acatamiento de las exigencias legales, de que investigue y sancione a todo aquel que no cumpla su voluntad expresada en las distintas formas a través de las cuales se manifiesta unilateralmente: las leyes, las sentencias, los actos administrativos y de gobierno.

La potestad sancionadora desempeña, por una parte, la función de persuadir a los ciudadanos a que observen las decisiones del Estado por cuanto están dirigidas a proteger el interés general; y, por otra, tiene una misión aleccionadora al castigar a quien, ocasionándole un daño a otro o a la colectividad misma, se abstenga de obedecerla.

Si bien el *ius puniendi* del Estado es uno solo², su materialización se distribuye en dos de sus estructuras organizativas: el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. El primero, ejerce el *poder sancionatorio penal* por lo que la determinación y la aplicación de la pena por la comisión de un delito establecido en una ley penal le corresponde al juez penal previo desarrollo del debido proceso.

² El que se entienda el poder punitivo del Estado como uno solo implica que todas las garantías en favor de la persona desarrolladas en el derecho penal y que rigen el proceso penal son las mismas que guían el procedimiento administrativo sancionatorio. Ver por ejemplo, a Luis Pietro Sanchís: *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249665>. (Consultada 08/08/20); Massimo Severo Giannini: *Diritto Amministrativo*. Volume Secondo. Giuffrè Editore. Milano 1970.

Al Poder Ejecutivo, a su vez, se le asigna el *poder sancionatorio administrativo* y es la Administración pública a quien compete vigilar que las normas de Derecho administrativo se cumplan y, en caso contrario, imponer las sanciones correspondientes una vez concluido el debido procedimiento administrativo sancionatorio y cuando se haya demostrado la violación de una norma administrativa por parte de uno o varios ciudadanos.

Se desprende entonces que, por mandato constitucional y cuando la protección de los derechos de los ciudadanos e intereses generales así lo exijan, el Estado en el ejercicio de su función administrativa tiene competencias cuya materialización afectan la esfera jurídica de las personas ampliando o reduciendo sus derechos y deberes; las cuales deben ponerse en marcha siempre que una norma previa las determine y ser ejecutadas únicamente por aquellos órganos u entes a quienes se les atribuye; dentro del ámbito en el cual la norma las delimita; cumpliendo, de manera previa y paso a paso el camino que debe recorrer la Administración para que la ejecución de dichas potestades sean consideradas válidas.

El camino que ha de transitar el Poder Público cuando ejerce la función administrativa se denomina procedimiento administrativo: herramienta formal por excelencia que permite anticipar, encauzar, ordenar la actuación administrativa, estableciendo claramente sus límites con el cometido de garantizar los derechos de la persona.

Efectivamente, el procedimiento administrativo es un recorrido escrupulosamente diseñado por el Derecho, integrado por un conjunto de actos jurídicos sucesivos y concatenados entre sí que deben ejecutar los titulares de la función administrativa; es un sistema configurado por principios y normas que ordenan cuáles son los pasos que la Administración debe cumplir para formar válidamente su voluntad e imponerla de manera unilateral.

El procedimiento administrativo está pensado para ordenar la actuación administrativa y satisfacer dos premisas esenciales en el marco de un Estado constitucional: i) garantizar y respetar los derechos de los ciudadanos mediante el establecimiento previo de los límites de la actuación administrativa; y, ii) asegurar el eficiente y eficaz cumplimiento de los fines de interés público atribuidos a los titulares del ejercicio de la función administrativa³.

Tomando en cuenta lo anterior, se puede definir sin mayores dificultades al *procedimiento administrativo sancionatorio* que no es sino una de las modalidades o especies del procedimiento administrativo general. Así, se entiende como el cauce formal esta-

³ Vid. Araujo-Juárez, José en su libro *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Tercera Edición corregida y aumentada. Caracas, Venezuela, 1998; Brewer-Carías, Allan R. "Los principios generales del Procedimiento Administrativo en la Ley 1.437 de 2001 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia", en *Visión Actual de los Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana. Centro de Adiestramiento Jurídico "CAJO". Caracas, 2011; Hernández, José Ignacio. *Lecciones de Procedimiento Administrativo*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2012.; Canosa, Armando. "El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo", en *Procedimiento y Proceso Administrativo. Jornadas realizadas por la carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico*. Facultad de Derecho. Director Juan Carlos Cassagne. Editorial LexisNexis y Universidad Católica Argentina. Argentina, 2005.

blecido previamente en la ley, que la Administración pública está obligada a transitar cada vez que ejerce su potestad sancionadora para determinar: a) la violación o no de alguna norma de Derecho administrativo; b) el sujeto responsable de tal violación; y, c) la sanción a imponer, en caso de que proceda.

Al mismo tiempo, el procedimiento administrativo sancionatorio es en sí mismo una garantía dirigida a proteger el respeto de los derechos del administrado investigado, muy especialmente, su derecho a la defensa y cumple con una doble función: *su funcionalidad para la correcta determinación de los hechos y de las circunstancias particulares del inculpado; y, la prestación a este de las garantías de defensa, doblemente necesarias en el ejercicio de la actividad, como la sancionadora, cuya capacidad de incidencia y lesión en la persona y patrimonio de los ciudadanos es muy superior a la del resto de las actividades que la Administración desarrolla*⁴.

No es posible, por tanto, que la Administración inflija un sanción administrativa sin que haya ejecutado previamente el procedimiento sancionatorio respectivo o que, habiéndolo instruido, no haya garantizado al particular su participación en el mismo; en estos supuestos, la sanción dictada sobre la base de pruebas promovidas y evacuadas únicamente por el órgano de la Administración pública estaría viciada de nulidad absoluta al violar el derecho constitucional fundamental a la defensa⁵.

III. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

Debido a que el procedimiento administrativo, y por tanto el procedimiento sancionatorio, está enfocado en garantizar los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública y, al mismo tiempo, asegurar el eficiente y eficaz cumplimiento de los fines de interés público atribuidos a aquella, se establecen un conjunto de principios que fundamentan y regulan el desarrollo del actuar administrativo; son los llamados principios rectores del procedimiento administrativo que constituyen premisas esenciales, referencias de comportamiento obligatorias para la Administración pública en el desarrollo del *iter* procedimental que tiene que asumir al momento de conformar y expresar su voluntad administrativa.

En ese sentido, los principios fundamentales son pautas, directrices que definen la esencia y justifican la existencia del procedimiento administrativo, pero incluso son ideas que lo llenan de contenido y los mismos son inmodificables por la regulación formal.

Parten de la premisa de observar al procedimiento desde la óptica del administrado, desde la protección de sus derechos por lo que, además de ser el fundamento del cauce procedimental y constituir los valores que se deben materializar en su desarrollo, cum-

⁴ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II. Segunda Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994, pp. 401.

⁵ Cfr. De Grazia Suárez, Carmelo. "Derechos de los particulares en los Procedimientos Administrativos Sancionatorios" en *Derecho y Sociedad, Revista de Derecho de la Universidad Monte Ávila*, N° 4, Caracas, 2003, pp. 3 y también Araujo-Juárez, José. "La teoría de la forma y el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública", en *Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años de especialización en Derecho Administrativo. Estudios de Derecho Administrativo*, Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Homenaje N° 2. Caracas, Venezuela, 2001. p. 53-67.

plen también otras funciones: ayudan a interpretar contradicciones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas del procedimiento; colman los vacíos que se presenten en el ordenamiento jurídico administrativo; y, son asimismo fuente para la creación de nuevas disposiciones procedimentales por los órganos competentes para ello⁶.

Por otra parte, los principios que definen y configuran al procedimiento administrativo no son limitados, en la medida en que pueden incorporarse nuevos y mejores en aras de garantizar los derechos de los ciudadanos. Así ha sucedido en Venezuela: los principios del procedimiento administrativo han venido ampliándose como consecuencia de los cambios fundamentales producidos en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la promulgación de la Constitución de 1999 y por la interpretación judicial de las relaciones entre particulares y Administración pública, por lo tanto y, como quiera que nuestra normativa de procedimientos administrativos data de 1982, aquellos se encuentran actualmente dispersos en distintas disposiciones constitucionales y legales.

Por ejemplo, la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos* de 1982 establece además del principio de legalidad (art. 1), los principios de celeridad, economía, sencillez, eficacia e imparcialidad (art. 30). Posteriormente, tales principios fueron ampliados con la promulgación de la *Ley de Simplificación De Trámites Administrativos de 1999*⁷, reformada en el año 2008 y 2014⁸, la cual incorpora al procedimiento administrativo un conjunto de principios sobre la base de la buena fe del administrado y con el objetivo de reducir los obstáculos y las actuaciones inútiles en el desarrollo de los procedimientos administrativos.

⁶ Algunos de los rasgos que caracterizan a los principios rectores del procedimiento administrativo son: a) su esencialidad, en el sentido de que determinan las razones para la acción, justifican y aclaran el por qué la Administración pública debe comportarse de una manera o de otra; b) prevén de forma general los límites del comportamiento de la función administrativa por lo que orientan sobre lo que es o no apropiado; c) ejecutan dos funciones: la de validez y la de conocimiento, al definir las conductas válidas y al mismo tiempo ayudar a que se conozcan las líneas que deben guiar la actuación administrativa; y, d) son normas abiertas sin determinar necesariamente la decisión, por cuanto sólo aportan razones a favor de una u otra de las opciones que se le presentan como alternativas al ente u órgano administrativo. Cfr. López Olvera, Miguel Alejandro. *Los principios del procedimiento administrativo*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf>. 02/12/2015. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. Segunda Edición. Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2001, pp. 87 y ss. Se recomienda consultar sobre el tema de los principios que rigen la potestad sancionatoria y los procedimientos administrativos sancionatorios a Brewer-Carías, Allan R. “Los principios generales del Procedimiento Administrativo en la Ley 1.437 de 2001 contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia”, *Ob. Cit*; Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda Edición Amplificada. Editorial Técnos, Madrid, 1994. González Pérez, Jesús. “Principios del procedimiento administrativo en América Latina”, en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*. Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Civitas Ediciones, Madrid, 2003. Pellegrino, Cosimina. “Algunas Consideraciones sobre el procedimiento administrativo y el expediente administrativo”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 64, Caracas 2009, pp. 11-39. Disponible en Internet http://www.ulpiano.org/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/64/UCAB_64_2010_11-39.pdf. Pesci Feltri, Flavia. “Los principios rectores del procedimiento administrativo en Venezuela”, en *II Congreso Venezolano de Derecho Administrativo en homenaje al maestro Eloy Lares Martínez. Procedimiento Administrativo y Contencioso-Administrativo. Vol. II*. Funeda y Aveda. Caracas, 2014.

⁷ Decreto N° 368 de fecha 05 de octubre de 1999, fue publicado en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.393 del 22-11-1999.

⁸ Decreto Presidencial N° 1.423 del 17-11-2014. Gaceta Oficial N° 40.549 del 26-11-2015.

En tal sentido, se consagra en el artículo 5 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos los principios de “*simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, solidaridad, presunción de buena fe del interesado, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y actuación administrativa al servicio de las personas*”⁹.

Por su parte, la *Constitución de 1999* recoge los anteriores principios al disponer en el artículo 141 que “*La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.*”

Sucesivamente, la *Ley Orgánica de Administración Pública*¹⁰ sistematiza los principios que rigen la actividad de la Administración pública recogiendo los avances que en esta materia venía proporcionando la jurisprudencia y la doctrina al enumerar, en el artículo 10, los siguientes:

“Artículo 10. La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.

La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesario será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente.”

Precisamente porque el procedimiento sancionatorio es el cauce formal del *ius puniendi* de la Administración pública, del mismo modo que se rige por todos los principios y garantías del procedimiento administrativo ordinario, contiene una serie de principios específicos que la encauzan. Seguidamente, se hará referencia a ellos.

1. Principios que rigen el *ius puniendi* de la Administración Pública

A. Principios rectores de la potestad administrativa sancionatoria

Como ya dicho, el Estado constitucional se erige sobre valores expresados en principios normativos por encima de los cuales se construye la organización del poder y que de manera transversal sostienen todas las formas en las que aquel se expresa. La potestad sancionadora de la Administración pública, en consecuencia, parte de principios fundacionales que la inspiran y configuran.

⁹ Cada uno de estos principios son desarrollados en capítulos separados de manera amplia en el propio texto legal.

¹⁰ Publicada por primera vez en el año 2001, y posteriormente reformada mediante el Decreto N° 6.217 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, en la Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008; reformada por última vez a través del Decreto N° 1.424 Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147 de fecha 17 de noviembre de 2014.

Así, el principio de la centralidad de la persona humana entiende que es ella la causa y fin del Estado y que su misión última es proteger y garantizar sus derechos humanos y su dignidad para que puedan desarrollarse libremente (art. 2, 3, 141 constitucionales).

Derivado del principio referido, se formula la máxima según la cual toda actuación del poder, y por tanto, el *ius punendi*, ha de estar sometido al derecho (principio de legalidad) y para que tal potestad pueda materializarse se requiere que el legislador establezca previamente tanto las infracciones administrativas así como el procedimiento administrativo sancionatorio, en el transcurso del cual la Administración pública podrá determinar o no la comisión de un ilícito administrativo y la sanción concreta que deberá imponer al infractor.

Siendo la potestad sancionadora administrativa una de las formas más contundentes en las que se expresa el imperium del Estado –pues permite juzgar el comportamiento de una persona, establecer si el mismo es o no legal e imponer sanciones que afectan contundentemente sus derechos y libertades–, el tercer principio fundacional sobre el que se rige dicha potestad es el de garantizarle a la persona objeto de investigación administrativa su defensa.

El debido proceso previsto en el artículo 49 de la Constitución venezolana¹¹ contiene un conjunto de principios que son, a su vez, derechos inherentes de las personas que deben ser necesariamente respetados en cualquier proceso, tanto los que se llevan a cabo en sede judicial como aquellos que se desarrollen ante la Administración pública.

Así, la defensa, la segunda instancia y la presunción de inocencia; ser oído con todas las debidas garantías en un tiempo razonable; ser juzgado por los jueces naturales; y, finalmente, no declarar contra sí mismo conforman órdenes que han de regir el juz-

¹¹ Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. 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 le 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 violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

gamiento de la Administración pública y son, además de principios definidores de su actuación a la hora de juzgar, verdaderos derechos fundamentales garantizados en nuestro texto constitucional y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por nuestra República¹².

La idea fundamental que resulta de la previsión constitucional del derecho a la defensa y de todas las garantías que se consagran para satisfacer de manera apropiada el debido procedimiento administrativo es que cualquier ciudadano sometido al juicio de la Administración pública, tenga el derecho de participar en el marco de un cauce procedimental previamente establecido, dentro del cual se le dé la oportunidad no sólo de conocer las razones que originaron las actuaciones objeto de su juzgamiento; sino que pueda expresar también las consideraciones de hecho y de derecho que crea oportuno alegar; así como aportar las pruebas pertinentes que soporten sus razonamientos; y, finalmente, que el órgano decisor tome en cuenta todos los argumentos y pruebas aportados ante él.

De los principios rectores señalados –centralidad de la persona, legalidad y debido proceso–, se configuran un conjunto de postulados esenciales los cuales deben regir la materialización de la potestad sancionadora administrativa cuando se pone marcha a través del procedimiento administrativo sancionatorio.

B. *Principios de la potestad sancionadora administrativa y del procedimiento sancionatorio*¹³

a. *Principio de legalidad sancionatorio*

El *principio de legalidad sancionatorio* supone que ante el ejercicio punitivo del Estado es necesario rodear de garantías a los ciudadanos para proteger su libertad y evitar que aquel imponga su voluntad sancionatoria de manera arbitraria y discrecional; y se sustenta en el *nullum crimen, nulla poena, sine previa legem*, previsto en el artículo 49.6 constitucional cuando señala que en el desarrollo del debido proceso tanto en sede jurisdiccional como en la administrativa “*Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*”.

El principio de legalidad sancionatorio se concreta a través de dos garantías básicas: a) una material, la garantía de la tipificación; y, otra b) formal, la de la reserva legal¹⁴.

¹² El artículo 8 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* así como el artículo 14 del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, regulan el debido proceso el cual incluye naturalmente el derecho a la defensa.

¹³ El desarrollo del contenido de los principios del procedimiento sancionatorio sigue en buena medida la bibliografía referida en el presente trabajo y fundamentalmente el libro del profesor Peña Solís, José. *La Potestad sancionadora de la Administración Pública Venezolana*, Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela. 2005.

¹⁴ Cfr. Peña Solís, José. *La Potestad sancionadora de la Administración Pública Venezolana*. Ob. cit., pp. 115 y ss. Juan Alfonso Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II; Ob. cit. pp. 385.

a'. *El principio de tipicidad*

La garantía de la tipicidad rige la determinación y el ejercicio de la potestad sancionadora y está dirigida a proteger dos valores fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano: el de la libertad y el principio de la seguridad jurídica y, por tanto, dicha garantía impone que la norma debe caracterizar de manera clara y específica los tipos de infracciones y sus correspondientes sanciones¹⁵.

La configuración previa en la ley tanto de los delitos, las faltas y las infracciones así como de las sanciones que se derivarían por la comisión de alguno de ellos es una de las condiciones para garantizar el principio de legalidad sancionatorio cuya finalidad es dar a conocer al administrado, con cierto grado de certeza, cuáles son las conductas consideradas violatorias de la ley y que tal conocimiento le permita saber de antemano las consecuencias que derivarían si decidiera actuar ilícitamente.

La *tipicidad* responde a la idea según la cual la ley que regula y establece las infracciones y sanciones debe ser necesariamente *previa* y *cierta*. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no hayan sido concebidas *previamente* por la ley como delitos, faltas o infracciones administrativas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

La *certeza* se refiere a que tanto las conductas sancionables como las consecuencias de la comisión de las mismas deben estar claramente establecidas, definidas; el sujeto pasivo al cual va dirigida la norma sancionatoria tiene que conocer de antemano cuáles serían las consecuencias de su comportamiento en caso de que decida contrariar la ley administrativa.

Asimismo, el principio de tipicidad se perfecciona con otro principio constitucional esencial que lo complementa que es el principio de la *irretroactividad de las normas* previsto en el artículo 24 constitucional y que exige que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo salvo que imponga una menor pena, por lo que las únicas acciones sancionables son aquellas establecidas en el momento en que las mismas se produjeron.

b'. *Reserva legal*

El principio de la reserva legal ordena que únicamente se podrá limitar y regular la libertad de las personas mediante una norma formal, es decir, una norma jurídica emanada del parlamento. Ahora bien, tal y como lo afirma Peña Solís¹⁶, la reserva legal puede entenderse de forma absoluta, es decir, que solamente el legislador es el único competente para regular y delimitar en la ley formal las infracciones y las sanciones (*reserva legal absoluta*); o, también, de manera relativa en el sentido de que se acepta que tanto el legislador como la Administración pública a través de su potestad reglamentaria son competentes para delimitar el contenido de las infracciones y sanciones (*reserva legal relativa*).

¹⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas Ediciones S. L. Madrid, 2000, pp. 176.

¹⁶ Cfr. Peña Solís, José. *La Potestad sancionadora de la Administración Pública Venezolana*. Ob. cit., pp. 112 y ss.

La *reserva legal relativa* es la que ha tenido mayor aceptación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos pero para que ella sea constitucional, es decir, para que la colaboración de la Administración pública sea acorde con los principios que sustentan el *ius puniendi* del Estado, es indispensable que la ley formal contenga: a) los elementos básicos que caractericen y delimiten la infracción o la falta administrativa; como b) la naturaleza y los límites de las sanciones administrativas, a los fines de que se constituyan en parámetros claros a los que debe subordinarse la potestad reglamentaria, la cual sólo podrá desarrollar en el reglamento el contenido de la ley pero nunca contrariarla ni modificarla.

Efectivamente, no podría la Administración pública a través de su colaboración normativa, crear nuevos tipos de faltas o infracciones o establecer características de las mismas distintas a las previstas en la ley; ni tampoco podría instituir nuevas sanciones o establecer límites distintos a los ya predeterminados en la ley formal¹⁷.

Cuando el artículo 49.6 de la Constitución señala que ninguna persona podrá ser sancionada por delitos, actos u omisiones que no fueren previstos como faltas o infracciones en leyes preexistentes, es decir, que no estuvieren previstos en leyes formales, emanadas del poder legislativo, está exigiendo que la ley formal debe necesariamente contener los elementos mínimos que configuran la conducta ilícita así como las consecuencias que se derivan de la ejecución de la misma: la ley formal tiene que diseñar tanto los parámetros de las infracciones y faltas como de las sanciones a ser aplicadas en caso de que aquellas se produzcan¹⁸.

Es por ello que como consecuencia de la reserva legal exigida en la Constitución no está permitido, en el ordenamiento jurídico venezolano, la posibilidad de que se promulguen leyes que hagan una remisión general al reglamentista para que sea este el que determine las conductas ilícitas o para que establezca las sanciones de las mismas.

De modo que están expresamente prohibidas las denominadas *normas en blanco* que se caracterizan porque en vez de regular la potestad sancionadora con los contenidos mínimos a los que se ha hecho referencia (tanto en la determinación de los tipos de infracciones y faltas como en las sanciones a aplicarse), otorgan tal competencia a la Administración pública remitiendo y posponiendo tal regulación al reglamento.

Efectivamente, las *normas en blanco* suelen disponer que “*todo aquello que vaya en contra de la ley o de su reglamento será sancionado*”, contenido que es absolutamente contrario al principio de tipicidad y de la reserva legal, por cuanto de manera genérica autorizan a la Administración Pública a que determine, en cada caso y con una muy amplia discrecionalidad, tanto la conducta sancionable como la aplicación de la sanción.

¹⁷ Cfr. Peña Solís, José. *La potestad sancionadora de la administración pública venezolana*. *Ídem*, pp. 117.

¹⁸ Grazia Suárez, Carmelo de: “Derechos de los Particulares en los Procedimientos Administrativo Sancionatorios”. *Ob. cit.*, pp. 23.

b. *Principio de imparcialidad*

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico vigente¹⁹, la imparcialidad y, por tanto, la exigencia de objetividad en el ejercicio de la actuación administrativa constituye un principio esencial que debe regir todo procedimiento sancionatorio administrativo.

La imparcialidad para que se materialice tiene que cumplir con varios elementos. Debe ser *objetiva* en el sentido de que el funcionario público ha de resolver los asuntos sometidos a su consideración tomando en cuenta únicamente la satisfacción del interés general que persigue la norma aplicable al caso concreto, excluyendo por tanto toda consideración personal, política, religiosa, económica, o de cualquier otra índole.

Igualmente, este principio exige del funcionario público una imparcialidad *subjetiva* que consiste en que aquel no debe tener una postura preconcebida sobre lo que ha de resolver. En caso contrario, estaría obligado a abstenerse de resolver el asunto sometido a su consideración, mediante el procedimiento previsto por el legislador en los artículos 37 a 40 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que debe necesariamente activarse cuando el funcionario se encuentre incurso en alguna de las causales de inhabilitación que la misma ley prevé en su artículo 36, todo ello precisamente con la finalidad de garantizar la imparcialidad.

Por último, la imparcialidad se refiere también a la exigencia de que la Administración pública debe resolver los casos idénticos o similares de la misma manera, es decir, respetando la *igualdad* y evitando la discriminación de los administrados.

c. *Principio de culpabilidad*

En el momento de la determinación y de la imposición de sanciones, es condición ineludible y principio tradicional del *ius puniendi* que la conducta de un sujeto que genere la violación de la norma sea causada efectivamente por la persona a la que se le atribuye dicha conducta; y que la misma haya sido realizada en el ejercicio libre de sus facultades y capacidades, por tanto, que haya sido ejecutada voluntariamente²⁰.

Después de la entrada en vigencia de la Constitución venezolana de 1999 y de conformidad con los numerales 1 y 5 del artículo 49 del referido texto, no cabe duda de que en Venezuela el ejercicio del *ius puniendi* del Estado debe regirse también por el principio de culpabilidad.

¹⁹ En tal sentido, el artículo 49.3 constitucional que garantiza el debido proceso señala que: “Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.” Asimismo, el artículo 145 de la misma norma, dispone que “Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna”. Por su parte, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Decreto con Rango y Valor de Fuerza de ley Orgánica de Administración Pública disponen entre los principios que han de regir la actividad de la Administración pública el principio de imparcialidad en los artículos 30 y 10 respectivamente.

²⁰ *Vid.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. t. II. *Ob. cit.*, pp. 177.

Al respecto, la referida disposición constitucional dispone expresamente que “*Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo*” (49.1 constitucional) y, consecuentemente, “*Ninguna persona podrá ser obligada a declararse culpable*” (artículo 49.5).

El principio de culpabilidad administrativa comporta, en primer término, a que todo aquel que ha sido imputado por la comisión de una infracción o una falta tiene que ser declarado culpable previamente; tiene que haber la convicción y pruebas suficientes que demuestren la responsabilidad del sujeto imputado; y, una vez determinada su culpabilidad, aquel tiene derecho a recurrir de la decisión que la ha declarado.

En segundo término, y por las consecuencias que sobre la esfera jurídica de una persona conlleva el ejercicio del *ius puniendi* por parte de la Administración, es a esta a quien corresponde determinar la culpabilidad o no de dicho sujeto y, en tal sentido, no podrá exigírle una declaración de culpabilidad.

De modo que “*resulta concluyente que en Venezuela el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa requiere como requisito esencial la exigencia de la culpabilidad del autor de la infracción, razón por la cual, en ese contexto se configura un sistema de responsabilidad subjetiva, y se excluye totalmente el sistema de responsabilidad objetiva o por resultado*”²¹.

En virtud del principio de culpabilidad es inconcebible, por tanto, la presencia de las denominadas sanciones de plano ni los ilícitos administrativos objetivos de los que se pretende derivar la posibilidad de sancionar al particular por el solo hecho de que se haya producido una infracción sin que se haya demostrado previamente la responsabilidad de aquel.

En conclusión, “*la configuración del ilícito administrativo exige que en la realización de la conducta tipificada como infracción concurra la culpabilidad del infractor, en cualquiera de sus grados. Por ende, si el comportamiento infractor no fuera atribuible al sujeto responsable a título de dolo o culpa leve o grave, quedaría excluida la aplicación de sanción administrativa alguna, y solo resultaría procedente el restablecimiento del orden infringido a través de medidas correctivas no sancionatorias*”²².

d. Principio de presunción de inocencia

El artículo 49.2 constitucional impone con absoluta claridad el derecho de toda persona a que se le presuma inocente en el transcurso de todo procedimiento administrativo, presunción que solamente puede ser destruida cuando se demuestre lo contrario mediante pruebas suficientes. Dicho en términos de la propia Constitución: “*Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario*”.

La presunción de inocencia prohíbe a la Administración pública en el ejercicio de su potestad sancionadora que prejuzgue sobre la culpabilidad del administrado en el sentido de considerar culpable al administrado de antemano y sin que haya concluido el respectivo procedimiento administrativo.

²¹ Peña Solís, José. *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana*. Ob. cit., pp. 175.

²² De Grazia Suárez, Carmelo. “Derechos de los Particulares en los Procedimientos Administrativo Sancionatorios”. Ob. cit., pp. 28.

También, implica que quien tiene la obligación de demostrar la culpabilidad del ciudadano objeto del procedimiento sancionatorio es la Administración y de ninguna manera se puede invertir dicha carga al administrado.

La Administración pública puede únicamente tomar una decisión en contra del administrado investigado sobre la base de pruebas ciertas y legales que demuestren fehacientemente la responsabilidad de aquel en la comisión de infracciones y faltas administrativas. Por tanto, nadie puede ser considerado ni tratado como culpable durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio hasta tanto no se haya dictado una decisión firme que declare la culpabilidad del administrado por cuanto la misma ha sido demostrada fehacientemente.

Tan es así, que la certeza sobre la culpabilidad debe ser tal que si el órgano que resuelve el procedimiento administrativo tiene alguna duda razonable sobre la culpabilidad de la persona investigada, está obligado a fallar a su favor en virtud del principio “*in dubio pro homine*”.

Así, el derecho a la presunción de la inocencia en el ámbito del Derecho Administrativo también conduce a garantizar que la autoridad administrativa se abstenga de imponer sanciones o multas a un sujeto, ante la incertidumbre sobre la culpabilidad o autoría de una determinada conducta que sea sancionada por alguna norma.

e. *Principio de proporcionalidad*

Este principio está referido directamente a la determinación cuantitativa y cualitativa de la sanción a imponer ante la comprobación cierta de que un sujeto es culpable de haber violado un norma de Derecho administrativo.

La sanción cumple con un doble objetivo: a) reprimir la conducta violatoria; y b) prevenir la repetición de la misma, de manera tal que del principio de proporcionalidad se deriva la necesidad de que en la determinación cuantitativa de la sanción se sopesen con sumo equilibrio la gravedad de los hechos y las características del infractor para que se cumpla con la finalidad de la sanción, es decir, que no termine siendo tan extrema que limite excesivamente los derechos del infractor, ni que sea tan leve que no cumplan con su función de prevención.

En tal sentido, no cabe duda de que este principio constituye un límite tanto para el legislador cuando regula y prevé las sanciones; como para la Administración pública cuando, una vez determinada la culpabilidad, las impone.

f. *Principio non bis in idem*

El principio del *non bis in idem* supone que una persona no puede ser sancionada dos o más veces por la comisión de un mismo hecho y tiene como fundamento el principio procesal de la cosa juzgada previsto en el artículo 49.7 constitucional que dispone: “*El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. omissis. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente*”.

Este principio está unido al principio de proporcionalidad ya que ambos persiguen evitar que la sanción que se aplique sea desproporcionada en relación a los hechos que le han dado origen, lo cual se impide precisamente prohibiendo la posibilidad de que se puedan imponer sanciones administrativas y penales por un mismo hecho, o que ese mismo hecho sea sancionado dos veces por parte de la Administración.

Es importante entender cómo funciona este principio ante la posibilidad de que un idéntico sujeto pueda ser sancionado por unos iguales hechos como consecuencia de la aplicación de distintas normas administrativas, o de la aplicación conjunta de normas penales y administrativas.

Al respecto, dependiendo del ámbito normativo de que se trate y de la esfera en la que se desarrolla la potestad sancionadora, hay que hacer ciertas aclaraciones a los fines de que se cumpla el principio constitucional de *non bis in idem*.

Así, ante dos o más normas administrativas que sancionen unos idénticos hechos cometidos por una misma persona y que pudieran dar lugar al inicio de procedimientos administrativos diversos, el principio de *non bis in idem* exige la prohibición de la apertura simultánea o sucesiva de dos procedimientos, por lo que si se produjera tal situación por cuanto son llevados por órganos administrativos diferentes, la decisión que resuelva por primera vez el asunto planteado, debe ser tomada en cuenta por el órgano decisor que esté sustanciando el segundo de los procedimientos.

En relación a la prohibición de la apertura sucesiva de dos procedimientos el *non bis in idem* exige que si en el primer procedimiento la persona es declarada inocente “*automáticamente procederá la interdicción para la apertura del segundo y, desde luego, si es declarada culpable y sancionada, con mayor razón se configurará la interdicción, pues no debe plantearse ni siquiera la posibilidad de la doble sanción por los mismos hechos*”²³.

En cambio, si se verificara la concurrencia de normas penales y administrativas que establezcan sanciones por la comisión de unos mismos hechos, tipificados como delitos e infracciones respectivamente, hay que poner en evidencia que si los procedimientos son abiertos simultáneamente por la Administración pública y por los tribunales penales, el que se ha iniciado en sede administrativa debe paralizarse hasta tanto no se decida el proceso penal. En este supuesto, en caso de que el tribunal penal dictara una sentencia absolutoria, la Administración podría iniciar o continuar con el procedimiento sancionatorio suspendido e imponer la sanción una vez demostrada la culpabilidad del administrado.

g. Principio de prescripción

El principio de prescripción impone la exigencia de que la Administración pública ejerza su potestad sancionadora e imponga las sanciones correspondientes durante un periodo específico, por lo que ante el transcurso del tiempo sin que la Administración ejecute la referida potestad la responsabilidad administrativa del ciudadano se extingue como consecuencia de la inactividad sancionadora.

Este principio se fundamenta en los valores de libertad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica de los administrados, ya que es contrario a dichos valores permitir que el Estado pueda perseguir *ad infinitum* a un sujeto.

²³ Peña Solís, José. *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana*. Ob. cit., pp. 241

C. *Principios concretos del procedimiento sancionatorio*

a. *Principios específicos para garantizar la defensa del particular*

Además de los ya explicados, al procedimiento sancionatorio lo rigen un conjunto de principios concretos que son asimismo derechos esenciales del particular destinados a proteger el derecho al debido proceso y, consecuentemente, el derecho a la defensa; tales derechos son: a) el derecho a la notificación; b) a ser oído y al contradictorio; y, c) el derecho a la doble instancia.

a'. *Derecho a la notificación*

El derecho a la notificación del administrado previsto en el numeral 1 del artículo 49 constitucional, se refiere a la obligación de la Administración de dar a conocer debidamente todo acto administrativo de trámite o definitivo que dicte durante el procedimiento administrativo sancionatorio y que afecte la esfera jurídica de aquel, ampliando o limitando sus derechos y deberes.

Así, los actos administrativos de trámite que inician un procedimiento administrativo sancionatorio deben ser dados a conocer de manera apropiada al administrado interesado, para que sepa las razones de hecho y de derecho que lo han motivado y pueda participar en su desarrollo aportando los elementos fácticos y jurídicos que considere oportunos a los fines de su defensa.

Esta notificación es esencial, su ausencia implica el desconocimiento total por parte del investigado de lo que en sede administrativa pudiera resolver la Administración pública en relación a su esfera jurídica y viciaría de nulidad absoluta el acto administrativo que ponga fin al procedimiento sancionatorio.

También, el acto administrativo que da por terminado el procedimiento sancionatorio, debe ser necesariamente notificado al administrado o administrados interesados para que estos puedan ejercer contra aquel los recursos administrativos o jurisdiccionales que consideren oportunos, o bien ejecutar su contenido; en caso de que no sea notificado a quienes corresponda, el mismo es ineficaz y no podrá surtir efectos jurídicos, ni podrá exigirse su cumplimiento, aun cuando goce de validez porque se entienda que ha sido dictado conforme a derecho.

b'. *El derecho a ser oído y al contradictorio*

El derecho a ser oído se encuentra en el numeral 3 del artículo 49 bajo estudio. Notificado al administrado de la apertura del procedimiento sancionatorio, es indispensable que conozca los elementos de hecho y de derecho sobre los que se basó el órgano administrativo para iniciarlo y que tenga acceso, durante el tiempo necesario, a la totalidad del expediente administrativo y a los elementos probatorios utilizados por aquel, a los fines de buscar los medios suficientes que le permitan defenderse y contradecir los dichos y hechos que propone la Administración pública.

Sin embargo, no es suficiente que el administrado contradiga los hechos y las pruebas aportadas por la Administración, si esta en el momento en que decida el asunto plan-

teado no valora adecuadamente cada uno de los alegatos y medios probatorios que aquel ha aportado durante el transcurso del procedimiento administrativo sancionatorio²⁴.

Efectivamente, como afirma la prof. María Alejandra Correa: “*La determinación cierta y por medios legales de los hechos que constituyen los motivos o causas de la decisión administrativa sancionatoria es una condición de validez de la misma, un requerimiento de fondo que asegura la no arbitrariedad y la racionalidad de la Administración*”.

c'. *Derecho a la doble instancia*

Para garantizar el derecho a la defensa, el numeral 1 del artículo 49 constitucional prescribe que toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir de la decisión, lo que le faculta al administrado acceder directamente a la instancia judicial, o mantenerse en la vía administrativa impugnando la decisión ante los órganos superiores del ente u órgano administrativo que ha ejercido la potestad sancionadora, a los fines de que su asunto sea revisado nuevamente.

Este derecho es esencial para asegurar la defensa del administrado y el debido proceso pues está dirigido a garantizar que las decisiones dictadas en contra de los particulares sean imparciales y producto de la aplicación irrestricta de la norma al caso concreto. Efectivamente, el que distintas instancias (tanto administrativas como jurisdiccionales) puedan analizar un mismo caso desde enfoques jurídicos diversos hace posible la disminución de la arbitrariedad administrativa o judicial.

b. *Principios específicos para la conformación de la voluntad sancionadora*

Al ser el procedimiento sancionatorio el cauce formal que debe recorrer la Administración para obtener suficientes elementos de hecho y de derecho que le permitan formar su voluntad y tomar una decisión apegada a derecho y de acuerdo con los principios que se han estudiado, es indispensable que esa voluntad se construya en el marco de un procedimiento que atienda también los siguientes principios y que son consecuencia lógica de aquellos:

b.1. *Principio de separación del órgano instructor del decisor* para que los funcionarios que investigan los hechos sean distintos de aquellos que tienen que valorarlos y juzgarlos para garantizar la imparcialidad requerida a la hora tomar una decisión;

b.2. *Principio de decidir conforme a lo alegado y probado por las partes* en el sentido de que la resolución debe tomar en cuenta todos los asuntos planteados durante el procedimiento así como la prohibición de que se introduzcan en su evaluación pruebas o hechos que no haya sido contradichos;

²⁴ Se recomienda la lectura del trabajo de la profesora María Alejandra Correa, en el que desarrolla el principio inquisitorio de la Administración y la obligatoriedad para aquella de llevar al procedimiento las pruebas necesarias y valorarlas a los fines de que demuestren la comisión de la infracción y evitar la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad sancionadora de parte del ente u órgano administrativo. Correa, María Alejandra. “La carga de la prueba en el procedimiento administrativo sancionatorio”, en *Temas Fundamentales de Derecho Público. En Homenaje a Jesús González Pérez*. CIDEP. FUNEDA. AVEDA. Caracas, 2020.

b.3. *Principio de motivación del acto sancionatorio*, que contenga un razonamiento suficientemente sustentando que permita verificar que la Administración ha valorado y evaluado concienzudamente los alegatos y pruebas aportados y que la misma se fundamenta en la ley.

IV. DE LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

No obstante la voluntad del Constituyente del 99 de rodear de garantías y derechos a los particulares para protegerlo de toda actuación arbitraria de la Administración pública en el ejercicio de su función punitiva, en los últimos veinte años y precisamente desde la publicación de la Constitución, han sido anuladas progresivamente tales garantías y derechos; ello responde al tipo de gobierno autoritario y antidemocrático que desde ese mismo año, ha venido dirigiendo los destinos del país desintitucionalizando e invalidando, lenta pero contundentemente, al Estado social y democrático de derecho que se venía construyendo a partir de 1961.

El legislador ha promovido la distorsión del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública previendo en determinadas leyes una serie de situaciones que contrarían los principios más elementales que la rigen, poniendo al ciudadano en una posición de total y absoluta indefensión; así, por ejemplo, ha regulado las llamadas sanciones de plano y las normas en blanco; ha concebido la institución de la notificación de manera opuesta al fin que persigue; ha impuesto que el particular pruebe su inocencia lo que se traduce en la inversión de la carga de la prueba; así como, la posibilidad de que la Administración pública pueda imponer supuestas medidas preventivas que no son tales por cuanto las mismas tienen un claro fin sancionatorio.

Por su parte, la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia han expresado, cuando el administrado ha acudido a estas instancias impugnando la actuación despótica de órganos y entes administrativos, que tales previsiones legales no son violatorias del debido proceso y que, por tanto, el derecho a la defensa y todas sus garantías se encuentran garantizados precisamente porque el particular ha tenido la opción de llegar al Máximo Órgano Jurisdiccional y ejercer los recursos correspondientes.

1. *Algunas distorsiones previstas en la legislación venezolana sancionatoria que contrarían los principios, derechos y garantías del debido proceso*

Como quiera que en el contexto del presente trabajo no nos es posible desarrollar cada una de las distorsiones que se han configurado en torno a la potestad sancionadora de la Administración pública venezolana, todas contrarias al debido proceso y al derecho a la defensa y que se han venido materializando a los largo de estos años, nos remitimos a la lectura del estudio publicado en el 2017²⁵ que las analiza y que están inconstitucionalmente consagradas en determinadas leyes: la *de Aeronáutica*

²⁵ Pesci Feltri, Flavia. *Violaciones del derecho a la defensa en el procedimiento sancionatorio venezolano* Ob. cit.

*civil*²⁶; el *Decreto Ley con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas*²⁷; y, el *Decreto Ley de Precios Justos*²⁸.

En términos generales, podemos afirmar que en cada uno de esos regímenes normativos se previó la posibilidad de sancionar a los administrados sin que la Administración pública haya desarrollado el procedimiento previo, por lo que se legaliza en nuestro país una figura proscrita en los ordenamientos jurídicos actuales, como lo es la sanción de “plano”, figura absolutamente inconstitucional pues elimina los elementos constitutivos del derecho a la defensa y el debido proceso, y desconoce los principios que conducen tanto la regulación de la potestad sancionadora como la imposición de las sanciones administrativas de los órganos llamados a establecerlas.

Así, el *Decreto Ley de Aeronáutica Civil* establece (art. 119) que el procedimiento sancionatorio inicia con la notificación al administrado de una sanción impuesta por la Autoridad Aeronáutica cuando se ha producido un hecho que objetivamente es violatorio de la ley y exista una suposición de quien ha sido el autor de ese hecho. Es decir, como consecuencia de dicha suposición asumida unilateralmente por el órgano de control, se invita al administrado, mediante la apertura de un procedimiento, o bien a que reconozca tal responsabilidad admitiendo los hechos; o, en caso contrario, que pruebe su inocencia mediante la presentación de un escrito de descargos y defensas²⁹.

Por su parte, el régimen jurídico de contrataciones públicas que estuvo vigente durante un periodo de seis años (art. 139), en similares términos que el Decreto Ley de Aeronáutica Civil, otorgó la potestad al Servicio Nacional de Contratistas de suspender e inhabilitar a los contratistas en virtud de la simple recepción de un informe negativo en torno a la ejecución del contrato emitido por el ente contratante, justificándose dicha potestad en la idea según la cual las sanciones son objetivas y accesorias y que el contratista ha ejercido su defensa en el procedimiento sancionatorio sustanciado por el órgano u ente contratante.

Es decir, con ocasión de una decisión negativa del ente contratante en torno a la ejecución del contrato, un órgano administrativo distinto puede imponer sanciones adicionales sin que el contratista exponga sus razones y sin verificar que los hechos sobre los que se basa el informe emanado de una autoridad distinta a quien impone la sanción, se han producido en la realidad y son efectivamente responsabilidad del contratista³⁰.

²⁶ Gaceta Oficial N° 39.149 del 17 de marzo de 2009.

²⁷ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.154 del 19 de noviembre de 2014.

²⁸ Gaceta Oficial N° 6.202 Extraordinario del 8 de noviembre de 2015.

²⁹ *Decreto Ley de Aviación Civil. Artículo 119. Notificación* El acto de imposición de la sanción deberá contener la citación del presunto infractor para que comparezca al tercer día hábil siguiente ante la Autoridad Aeronáutica que la practicó. Si la citación personal no fuere posible, será suficiente que la boleta sea entregada en la dirección que consta en el Registro Aeronáutico Nacional, lo cual se comprobará con el recibo firmado por quien la haya recibido o en su defecto mediante acta levantada por el funcionario que practique la notificación. En este caso, el lapso para la comparecencia comenzará a correr una vez que consten en el expediente respectivo las diligencias practicadas. A la hora y fecha fijada en la boleta de citación, el presunto infractor deberá comparecer a los efectos de presentar su descargo en forma oral o escrita, o admitir la infracción imputada. Cuando en el acto de comparecencia el presunto infractor compruebe el pago de la multa, se dará por concluido el procedimiento administrativo.

³⁰ *Decreto Ley de Contrataciones Públicas 2008. Artículo 139. Sanciones a los particulares.* Sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa y penal que corresponda, cuando se compruebe mediante

Posteriormente, al reformarse el Decreto Ley de Contrataciones Públicas se intentó corregir la violación del derecho a la defensa de los contratistas promovida por la propia ley, al incluirse un procedimiento que inicia el propio Servicio Nacional de Contratistas cuando recibe un informe negativo emanado del ente contratante para resolver si aplica efectivamente o no sanciones al contratista. Si embargo, no resuelve el problema de fondo porque en este procedimiento no se permite al sujeto investigado alegar su inocencia en cuanto a los fundamentos del informe negativo del ente u órgano contratante.

La actual normativa de precios justos, también, cuando prevé erróneamente dos procedimientos sancionatorios distintos (el de inspección o fiscalización y el sancionatorio), dispone en el primero de ellos la competencia del órgano administrativo de control de imponer sanciones, denominadas “medidas preventivas”, cuando “intuya” o “considere” que hay indicios de incumplimiento de la norma y sin que exista posibilidad alguna de defensa por parte de la persona investigada. Solo después de que le ha sido impuesta la sanción, el administrado puede, en el procedimiento denominado por el Decreto Ley sancionatorio, ejercer su derecho a la defensa³¹.

la evaluación y desempeño de los contratistas, en el ejercicio administrativo y operativo relacionado con la contratación, que incumplan con las obligaciones contractuales, el órgano o ente contratante deberá sustanciar el expediente respectivo para remitirlo al Servicio Nacional de Contrataciones a los fines de la suspensión en el Registro Nacional de Contratistas. Los responsables serán sancionados con multa de tres mil unidades tributarias (3.000 UT), y el Servicio Nacional de Contratistas declarará la inhabilitación de éstos, para integrar sociedades de cualquier naturaleza que con fines comerciales pueda contratar con la administración pública. La declaratoria de la inhabilitación, será notificada a los órganos competentes de conformidad con el Reglamento de la presente Ley. Igualmente cuando el infractor de la presente Ley fuese una persona jurídica, se le suspende del Registro Nacional de Contratistas, independientemente de la responsabilidad civil, penal o administrativa de sus representantes, por los siguientes lapsos: 1. De tres a cuatro años, cuando suministren información falsa, actúen dolosamente, de mala fe o empleen otras prácticas fraudulentas para la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas, en el ejercicio de recursos, o en cualesquiera otros procedimientos previstos en la presente Ley. 2. De dos a tres años cuando retiren ofertas durante su vigencia, o siendo beneficiarios de la adjudicación no suscriban el contrato o no constituyan la garantía de fiel cumplimiento del contrato, dentro del plazo establecido en los pliegos de condiciones. 3. De dos a tres años cuando ejerzan recursos manifiestamente temerarios contra los actos o procedimientos previstos en la presente Ley, o les sean resueltos por su incumplimiento contratos celebrados con órganos o entes regidos por la misma. 4. De cuatro a cinco años cuando incurran en prácticas de corrupción.

³¹ *Decreto Ley de Precios Justos. Artículo 69. Imposición de sanciones por incumplimiento de formalidades.* Si de los hechos y circunstancias objeto de inspección o fiscalización, la funcionaria o el funcionario actuante verifica la existencia de una o más de las infracciones por el incumplimiento de formalidades a que refiere el artículo 46 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, procederá a imponer las sanciones correspondientes y notificarlas en el mismo acto. Si la sanción consistiere en multa, la notificación se perfeccionará una vez notificada al infractor la respectiva planilla de liquidación emitida por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE). Quien reincida en las infracciones previstas en este artículo, será sancionado con multa de quince mil (15.000) Unidades Tributarias, sin perjuicio de la sanción de cierre de almacenes, depósitos o establecimientos, hasta por treinta (30) días, atendiendo a la gravedad del incumplimiento, de conformidad con este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica. Verificada la existencia de infracciones por incumplimiento de formalidades se procederá a la imposición de la sanción correspondiente en el mismo acto, emitiendo la correspondiente planilla de liquidación cuando la sanción consista en multa, a fin de que la infractora o el infractor proceda a pagar dentro de los tres días (03) continuos, contados a partir de la fecha de la imposición de la misma. En caso de incumplir con el pago, se seguirán los trámites del procedimiento administrativo previsto en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.

Además, el legislador venezolano ha contemplado las “normas en blanco” al otorgarle a la Administración pública la posibilidad de aplicar de manera arbitraria y amplia medidas sancionatorias en el ámbito del procedimiento sancionatorio, lo cual contradice el principio de legalidad sancionatorio al no consagrarse previamente en la ley la conducta infractora (tipicidad) y sus correspondientes sanciones (taxatividad); y violándose consecuentemente el principio de la reserva legal, es decir, que sea la ley, entendida formalmente, la que establezca las infracciones y sus sanciones, siendo la colaboración reglamentaria posible siempre que cumpla con determinados requisitos.

Igualmente, la institución de la notificación se ha desnaturalizado al establecer el legislador, por ejemplo, la posibilidad de que solo después de impuesta la sanción sin el debido procedimiento, el administrado se le notifique de dicha decisión, con lo cual solo a partir del momento en que es declarado culpable se le reconoce una defensa post sanción, admitiéndose el llamado control posterior de legalidad de la sanción. O cuando prevé la notificación del administrado del procedimiento de inspección pero al mismo tiempo permite que el funcionario inicie su labor de fiscalización o inspección e imponga medidas sancionatorias, independientemente de que el interesado se encuentre o no notificado.

Es evidente, de todo lo hasta aquí dicho, que en el ordenamiento jurídico venezolano se ha impuesto la responsabilidad objetiva del administrado al consagrarse las sanciones de plano que buscan castigar el hecho ilícito. Ello es contrario al principio de culpabilidad que exige que la conducta de un sujeto que genere la violación de la norma sea causada efectivamente por la persona a la que se le atribuye dicha conducta; y que la misma haya sido realizada en el ejercicio libre de sus facultades y capacidades, por tanto, que haya sido ejecutada voluntariamente.

Aplicar sanciones sin procedimiento previo significa que lo que se está juzgando no es la voluntad del sujeto al cual se le acusa de infringir la ley, sino el hecho objetivo de que se ha producido una infracción, independientemente de que haya o no culpa o dolo. Es decir, poco importa si el sancionado es responsable sino el hecho mismo de la violación de la ley.

Todo lo anterior, lleva también a la consideración de que el principio de presunción de inocencia no tiene asidero y que a partir de la presunción de culpabilidad se obliga al administrado sancionado a probarla, lo cual tergiversa en su totalidad el principio inquisitivo que rige al procedimiento sancionatorio y que lleva a que la carga de la prueba le corresponda a la Administración pública que estaría obligada a recabar todos los elementos de hecho y de derecho para tomar una decisión dirigida a sancionar al particular³².

2. *De cómo el Tribunal Supremo de Justicia ha permitido la permanencia en el ordenamiento jurídico venezolano de las distorsiones en la ejecución de la potestad sancionadora*

Del estudio de las sentencias de la Sala Político Administrativa y de la Sala Constitucional del Máximo Órgano Jurisdiccional que han resuelto las impugnaciones contra

³² Vid. Correa, María Alejandra. “La carga de la prueba en el procedimiento administrativo sancionatorio”, en *Temas Fundamentales de Derecho Público*, Ob. cit.

las sanciones de “plano” impuestas con ocasión de las normas que se han referido, dicho órgano jurisdiccional las ha justificado contrariando su propia jurisprudencia en materia del debido proceso y del derecho a la defensa, al declarar improcedente las impugnaciones que al respecto han realizado los administrados afectados, en franca violación del artículo 49 de la Constitución.

Los razonamientos que esgrimen ambas Salas se basan en que la violación del debido proceso y de la defensa no se produce debido a que el legislador ha previsto la revisión de la legalidad de las sanciones mediante el control posterior de las mismas.

Bajo razonamientos no fundamentados y violatorios de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia, contrariamente a lo que le exige su obligación de controlar la constitucionalidad del ejercicio de la potestad legislativa y administrativa del Estado, de acuerdo a lo que imponen los artículos 259 y 266 constitucionales, a los fines de garantizar los derechos consagrados en el artículo 49 constitucional y evitar así la arbitrariedad del ejercicio del Poder Público, toma posición a favor del poder justificando lo injustificable y dándole la espalda a los principios constitucionales que rigen el Estado de derecho dirigidos a proteger las libertades de los ciudadanos, que se ven así totalmente desasistidos y sin posibilidad alguna de que sus derechos fundamentales sean protegidos y restablecidos por el Máximo Órgano de nuestro sistema judicial. En efecto,

a) En el caso del artículo 119 del Decreto Ley de Aeronáutica Civil, la Sala Político Administrativa contrariando lo señalado por la Sala Constitucional cambia su criterio en torno a la inconstitucionalidad de dicha disposición cuando en el año 2008 afirma, mediante la sentencia N° 2007-0872 de fecha 5 de agosto de 2008, que al administrado se le garantiza su derecho a la defensa a partir del momento en que se le notifica la imposición de la sanción³³.

b) Las sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión del Decreto Ley de Contrataciones Públicas vigente desde el año 2008 hasta el 2014, aseveran reiteradamente que no hay violación del derecho a la defensa por aplicación del artículo 139 de dicha ley, toda vez que el legislador le atribuye al Servicio Nacional de Contrataciones la competencia de suspender e inhabilitar a los contratistas sin necesidad de sustanciar procedimiento previo alguno, por cuanto se trata de sanciones accesorias y objetivas que se imponen como consecuencia de un procedimiento sancionatorio que sustancia el ente u órgano contratante, en el transcurso del cual, el contratista tiene la oportunidad de ejercer cabalmente su derecho a la defensa³⁴.

³³ Ver por ejemplo, la Sentencia SPA N° 2007-0872 de fecha 5 de agosto del 2008, Página Web del Tribunal Supremo de Justicia. <http://www.tsj.gob.ve/>. Ver también las sentencias de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Exp.AP42-N-2006-000264 de fecha 29 de octubre de 2009 (Aeropostal Alas de Venezuela vs. INAC); Exp. P42-N-2008-000447 2010 (Aerolíneas de Integración Regional (AIRES) http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/agosto/1478-9-AP42-N-2008-000447-2010-1156.html); Exp. N° AP42-N-2006-000264 del 2009, (American Airlines, Inc. vs. INAC) http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2009/octubre/1478-29-AP42-N-2006-000264-2009-1796.html, las cuales dan por sentado la constitucionalidad de tales procedimientos (Consultadas el 25/07/2020)

³⁴ Sentencias SPA N° 01229 de la Sala Política Administrativa de fecha 24 de octubre de 2012; N° 2012-1295 de fecha 30 de octubre de 2012; N° 2012-0889 del 24 de enero de 2013; y, N° 2012-1871 del 24 de abril de 2013. <http://www.tsj.gob.ve/> (Consultadas 27/07/20)

c) En lo que se refiere al control de constitucionalidad del Decreto Ley de Precios Justos se observa que tanto la Sala Constitucional como la Sala Político Administrativa asumen de manera evidente una posición de total parcialidad a favor de la Administración pública en contra de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

La Sala Constitucional ha omitido cualquier pronunciamiento en relación con los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Decreto Ley de Precios Justos; y en cuanto a la constitucionalidad de las medidas preventivas a imponerse en el procedimiento de inspección, la Sala Político Administrativa insiste en el hecho de que como quiera que los fines que persigue la ley son la seguridad alimentaria y el derecho a la vida de la colectividad, se justifica la imposición de las medidas preventivas cuya legalidad podrá ser controlada posteriormente en el procedimiento sancionatorio, por lo que justifica el control posterior de las sanciones³⁵.

V. COMENTARIO FINAL

En las páginas precedentes quisimos desarrollar los principios que rigen la actuación punitiva de la Administración pública en el marco de un Estado constitucional que es el que está previsto en la Constitución venezolana, para posteriormente poner en evidencia las graves distorsiones que en esta materia se han concretado desde el Estado, lo que ha autorizado la actuación arbitraria del poder en contra de las libertades y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La idea ha sido precisamente advertir la imperiosa necesidad de que en el futuro próximo cuando se restablezca en nuestro país un cierto raciocinio, se expulsen del ordenamiento jurídico venezolano todas aquellas distorsiones legalmente consagradas en contra de los más básicos y esenciales principios del debido proceso y del derecho a la defensa; para lo cual será necesario que el parlamento que se instaure dicte una norma general que regule lo concerniente a la potestad sancionadora administrativa.

En efecto, en Venezuela no existe una norma que ordene un procedimiento administrativo sancionatorio general que contenga en un solo texto los parámetros generales que debe cumplir la Administración cuando concreta su potestad sancionadora y que, además, sistematice cada una de las fases que ha de recorrer para poner emanar su voluntad; esta ausencia legal se ha traducido en la creación de una regulación dispersa, desordenada, contradictoria y violatoria de los postulados a los que se han hecho mención en este trabajo, lo que lleva a una muy amplia inseguridad jurídica del administrado así como a la profundización de la arbitrariedad e irracionalidad de parte de los titulares del *ius punendi* administrativo.

En ese sentido, una tarea inmediata que habrá de asumir el legislador cuando se restablezca el Estado de Derecho en Venezuela es la de promulgar una ley general de procedimiento administrativo sancionatorio o que, en una futura reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que carece en la actualidad de dicha regulación, se incluya un capítulo que contenga los principios generales de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionatorio; para, sobre la base de estos, estructurar las

³⁵ Sala Político Administrativa dictó la sentencia N° 1392 de fecha 4 de diciembre de 2013; N° 1039 de fecha 11 de junio de 2014 (Consultadas 27/07/20)

fases del procedimiento sancionatorio general, tal y como recientemente lo ha propuesto algún autor venezolano³⁶. Ello permitiría que dicha norma sea referencia esencial e ineludible a la hora de dictar leyes especiales que regulen la potestad punitiva de la Administración pública y asimismo sea marco legal de obligatorio cumplimiento para la Administración en el desarrollo de sus competencias sancionatorias.

³⁶ Peña Solís, José. *La potestad sancionadora de la Administración Pública Venezolana*, *Ob. cit.*; Torrealba, Miguel Ángel. “Ideas preliminares para una reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOA) en materia de procedimiento sancionador”, documento de trabajo presentado en la reunión preparatoria de las II Jornadas de Derecho Administrativo “José Araujo-Juárez” 35 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: Revisión y propuestas de reforma, evento que tuvo lugar en el Centro Internacional de Actualización Profesional (CIAP) de la Universidad Católica Andrés Bello, en Caracas, el 9 de junio de 2016. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/Publicaciones/Boletin%20Derecho%20Administrativo/003%20-%20Ideas%20preliminares...%20MAT%20BEDA%20ESPECIAL%20JAJ.pdf; Pesci Feltri, Flavia: “Propuesta para sistematizar el contenido de la Ley Orgánica de Procedimientos administrativos en una futura reforma”, *Ob. cit.*

39. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS

Antonio SILVA ARANGUREN*

Resumen: El artículo repasa cómo se ha incorporado al ordenamiento jurídico nacional el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, particularmente en cuanto al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración Pública, y algunos de los problemas que derivan de la implementación de estas disposiciones.

Palabras claves: Función normativa; Potestad reglamentaria; Participación ciudadana.

Abstract: The article reviews how the right to public participation in public affairs has been incorporated into the national legal system, particularly in terms of the exercise of regulatory power by the Public Administration, and some of the problems that derive from the implementation of these rules.

Key words: Normative function; Regulatory power; Public participation.

I

Todo Estado democrático defiende como uno de sus principios fundamentales la participación de sus ciudadanos en los asuntos públicos, sin limitarla a la elección de los gobernantes o en general al ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo.

Esta idea es recogida en el artículo 62 de la Constitución de la República (incorporado en el capítulo IV –de los derechos políticos y del referendo popular– del título III –de los derechos humanos y garantías, y de los deberes–) que prevé:

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.

La lectura la Constitución nos permite comprobar que esa *participación libre en los asuntos públicos* no se circunscribe únicamente a lo político, sino que también abarca los aspectos sociopolíticos del Estado. En este sentido, su artículo 70 de la Constitución dispone:

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Monteávila. Director Ejecutivo del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

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; 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).

Si continuamos nuestro repaso por el texto publicado en el año 2000, y que da origen a este libro colectivo, podemos constatar que el Constituyente también aludió al derecho a la participación ciudadana –que no hemos de confundir con la participación de la sociedad en temas como el desarrollo de la juventud, los ancianos y los discapacitados, a tenor de lo previsto en los artículos 79 a 81 *ejusdem*– en temas concretos como lo serían (i) los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias (artículo 55), (ii) la ordenación del territorio (artículo 128), (iii) el ejercicio de las competencias del Poder Público Municipal (artículo 168), (iv) la creación de parroquias (artículo 173) y (v) la selección y designación de jueces (artículo 255).

Esta realidad nos permite alcanzar una conclusión preliminar: la Constitución de 1999 promueve la participación ciudadana e impone al Poder Público –y especialmente (i) al Poder Legislativo, cuando impone que los temas enumerados en el párrafo anterior sean desarrollados por vía legislativa, aunado al numeral 4 del artículo 187 conforme con el cual corresponde a la Asamblea Nacional “organizar y promover la participación ciudadana en los asuntos de su competencia”, (ii) a la Administración Pública en general, al precisar en el artículo 141 que uno de los principios que le sirven de fundamento es justamente la participación, y (iii) al Poder Electoral, al incluir a la participación ciudadana en los principios que rigen a sus órganos– el deber de asegurar que se materialice en la práctica.

Verá el lector que no son pocas las áreas donde los ciudadanos podemos participar. No obstante, por motivos de tiempo y espacio hemos optado por delimitar nuestro estudio a un aspecto concreto de esta participación: la elaboración de normas reglamentarias o, en otras palabras, el ejercicio de la función normativa por parte del Poder Público que concluye en un acto de rango sublegal, general y abstracto¹, sin tampoco pretender abarcar en las líneas que siguen todo lo referido a la potestad reglamentaria para cuyo estudio remitimos a la doctrina que lo ha abordado².

¹ Véase sobre esta función en general Brewer-Carías, Allan R. “Las funciones del Estado, la función administrativa, y las actividades estatales”, *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el Derecho Administrativo en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 185-248.

² Entre otros trabajos de interés se recomienda la consulta de Muci Borjas, José Antonio. *Potestad reglamentaria y reglamento*, Editorial Jurídica Venezolana y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017.

II

En Venezuela, el procedimiento para la elaboración de reglamentos está regulado en el artículo 90 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública³ (en lo sucesivo, LOAP) conforme con el cual se deben seguir cuatro pasos a fin, en el marco del ejercicio de la potestad reglamentaria⁴, incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una norma jurídica de rango sublegal; debiendo realizarse los ajustes necesarios según nos encontremos frente a una autoridad con competencia nacional, estatal o municipal.

Así, *primero*, el ministro competente según la materia elaborará el proyecto que habrá de acompañarse de dos informes: uno de contenido técnico y otro sobre su impacto o incidencia presupuestaria. *Segundo*, en adición a los informes mencionados, la autoridad administrativa deberá recopilar estudios, dictámenes y consultas adicionales y que estime convenientes “para garantizar la eficacia y la legalidad del texto”. *Tercero*, una vez se cuente con el proyecto, el mismo “se someterá a consulta pública para garantizar el derecho de participación de las personas”. Y *cuarto*, al aprobar el Presidente de la República el reglamento en Consejo de Ministros se procederá a su publicación en la Gaceta Oficial y este entrará en vigencia, salvo que se haya previsto una *vacatio legis*.

En este orden de ideas, haciendo abstracción de las deficiencias que puedan constatare en este procedimiento⁵ y el hecho que su regulación habría de preverse, más bien, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y no en la Ley Orgánica de la Administración Pública, como ocurre hoy en día⁶, escapa a toda duda que el legislador

³ Publicado en Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

⁴ Nótese que el artículo 89 de la LOAP precisa que “[e]l ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde a la Presidenta o Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley” y “[l]os reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público”.

⁵ Véase en general Muci Borjas, José Antonio. “El procedimiento que las Administraciones han de seguir para la aprobación de normas reglamentarias”, *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo*, número especial, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, pp. 199-31, en http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/Publicaciones/Boletin%20Derecho%20Administrativo/004%20-%20EI%20procedimiento%20que%20las...%20Muci%20BEDA%20ESPECIAL%20JAJ.pdf. El autor presenta una propuesta con los cambios que habrían de incluirse cuando se reforme la regulación vigente y destaca la necesidad de incorporar o precisar, según el caso, (i) las materias que pueden ser reguladas por vía reglamentaria, (ii) las limitaciones a que se halla sujeta dicha actividad, (iii) el procedimiento interno que ha de seguir el Presidente de la República en Consejo de Ministros para la elaboración de reglamentos, (iv) el procedimiento de consulta pública, (v) la sanción por el incumplimiento del procedimiento interno o de consulta, (vi) la oportunidad para aprobar los reglamentos, (vii) el principio de seguridad jurídica y sus consecuencias en materia reglamentaria, (viii) los procedimientos que han de seguir otros órganos o entes administrativos al momento de aprobar normas reglamentarias y (ix) la naturaleza de las normas que pueden ser aprobadas por las Administraciones especializadas a las cuales la ley reconozca poderes normativo.

⁶ Véase al respecto Pesci Feltri, Flavia. “Propuesta para sistematizar el contenido de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en una futura reforma”, *Temas fundamentales de Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez*, Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, Centro para la Integración y el Derecho Público y FUNEDA, Caracas, 2020, pp. 257-278. La autora destaca que “[e]ste procedimiento (...) ya se encuentra previsto en la *Ley Orgánica de Administración Pública* vigente pero se considera que el lugar natural del mismo es la norma adjetiva, por lo que tendría que in-

–entendiendo por este al Presidente de la República, ya que la norma estudiada es el resultado de la ley habilitante de 2013⁷, si bien su contenido no dista sustancialmente de las versiones de 2008, también producto de una ley habilitante, y del año 2001, sancionada por la Asamblea Nacional⁸– enarbó los principios de participación, coordinación y transparencia en la gestión pública al prever no solo que la autoridad administrativa habría de requerir opiniones en pro de la “eficacia y la legalidad del texto” (pensamos por ejemplo en las oficinas de consultoría jurídica de los ministerios o la propia Procuraduría General de la República, así como otros órganos y entes de la Administración que pudiesen formular comentarios de valor al guardar la materia objeto de regulación relación directa o indirecta con sus competencias⁹), sino que también las personas que fuesen ajenas a la Administración Pública –es decir, cualquier particular– podrían dar a conocer sus observaciones sobre el proyecto de norma como parte de su “derecho de participación”.

Tal es así que el derecho a la participación ciudadana es el tema que cuenta con un mayor desarrollo en la LOAP en cuanto al procedimiento para la elaboración de reglamentos (y regulaciones sectoriales en general), precisándose al inicio del título VI –denominado “de la participación social en la gestión pública”– de este decreto ley que “[l]os órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública” y, en tal sentido, “[l]as personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública, así como participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo” (destacado nuestro) y “[l]os órganos y entes públicos llevarán un registro de las comunidades organizadas cuyo objeto se refiera al sector correspondiente” (artículo 139).

¿Por qué el Estado considera relevante esta participación, al punto de dedicarle un artículo de la ley que rige a la Administración Pública exclusivamente a su promoción? Para la respuesta citaremos lo siguiente:

(...) la participación ciudadana en la elaboración de los actos normativos del Gobierno no es simplemente un asunto de conciencia democrática, sino también es un problema de calidad. En efecto, es indudable que un acto de carácter general –de efectos particulares o no– en el cual se le garantiza la participación a los posibles interesados del acto, aseguraría la inserción de todas –o al menos de las más relevantes– opi-

cluirse en la eventual reforma de la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, partiendo de la premisa, como en efecto se regula hoy día, de la necesidad de recoger de forma anticipada a la elaboración de la norma, las opiniones y propuestas de los ciudadanos y las personas jurídicas interesadas en torno a aquellos asuntos que pretende abordar la Administración con su iniciativa reglamentaria”.

⁷ Véase en general Silva Aranguren, Antonio y Sira Santana, Gabriel. “Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el período 2013-2014”, *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 11-39.

⁸ Véase Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. “Las sucesivas reformas de la Ley Orgánica de la Administración Pública: 2008-2014. Cambiando todo para que nada cambie”, *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 113-123.

⁹ Téngase como ejemplo un reglamento en materia de vivienda en zonas de alto valor turístico, para el cual sería prudente conocer la opinión de las autoridades en materia de cultura (al poder incidir la norma en edificaciones que se consideren Patrimonio Cultural de la Nación), turismo (a fin de determinar cómo el reglamento podría afectar esta actividad), ambiente (si se trata de una zona aledaña a un parque nacional, ecosistemas o localidades con regímenes de protección especial), entre otros.

niones de los destinatarios y, en consecuencia, esa norma no sólo resultará más racional, sino que reflejará adecuadamente los diversos intereses en conflicto y realizará entre ellos una composición que globalmente pueda considerarse razonable. Se pretende que el contenido de la disposición normativa destaque los criterios del conjunto de la colectividad sobre la materia constitutiva de su objeto¹⁰.

Es decir, que esta participación no guardaría relación únicamente con los valores democráticos que hemos mencionado al inicio y el rol que corresponde ejercer a los particulares en los asuntos públicos, sino que, también, estaría estrechamente vinculada con los principios de eficacia y eficiencia que deben guiar la actuación de la Administración –nuevamente, de acuerdo con el artículo 141 de la Constitución de la República– pues, como se desprende del planteamiento citado y podrá convenir el lector, al tenerse un conocimiento más preciso del tema que se pretende normar, el resultado (es decir, el reglamento o la regulación sectorial) también será más preciso y su aplicación llegará a mejor puerto –materializándose su objeto y con el la protección del interés general encomendado a la Administración– a la vez que los particulares lograrán oponer eventuales defensas para la protección de sus intereses ante eventuales actos generales que podrían ser contrarios a los mismos¹¹.

III

No existiendo entonces dudas en cuanto a las ventajas que ofrece esta participación hemos de referirnos a cuál es el procedimiento que prevé la LOAP en su artículo 140 y que podemos resumir en tres pasos, independientemente de si se trata de un reglamento o de una regulación sectorial:

Primero, el órgano o ente que propone la norma debe, de forma paralela, (i) iniciar el proceso de consulta con la remisión del anteproyecto a las comunidades organizadas, precisándoles “el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente” y (ii) difundir en su sitio web y demás medios de comunicación disponibles el proyecto junto con el lapso de la consulta. *Segundo*, el órgano o ente recibirá las observaciones y comentarios que “cualquier persona” formule por escrito. Y *tercero*, concluido el proceso anterior, el órgano o ente “podrá” –verbo que hace ver que se trata de una facultad, a diferencia de los pasos anteriores que serían de carácter imperativo– llevar a cabo reuniones en las que sus funcionarios junto con especialistas en el área y la comunidad organizada “intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o [inclusive] considerar un anteproyecto nuevo”.

¹⁰ Chavero Gazdik, Rafael J. “La participación ciudadana en la elaboración de actos generales”, *Revista de Derecho Público*, N° 59-60, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, p. 21.

¹¹ Téngase como ejemplo la Resolución N° 85 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se ordenó iniciar el proceso de consulta pública del “Proyecto de Resolución de Normas para la Regulación y el Control del Funcionamiento de los Establecimientos de Estética Humana”, publicada en Gaceta Oficial N° 40.360 del 20-02-2014, cuyo artículo 31 preveía que “[q]ueda terminantemente prohibida la aplicación de tatuajes en zonas de la cara, cuello, antebrazos, manos y genitales”, constituyendo ello -de haberse aprobado- una clara violación a la libertad personal por no ser competencia del Estado determinar qué puede o no puede hacer una persona con su cuerpo más allá de lo estrictamente requerido por motivos de salubridad pública y, en todo caso, a través de un acto del Poder Legislativo y no por vía reglamentaria ya que los derechos fundamentales forman parte de la reserva legal.

De llevarse a cabo el procedimiento reseñado, la Administración podrá proceder a dictar la norma en cuestión de acuerdo con la valoración que ella estime pertinente pues, como prevé el último aparte del artículo 140, “[e]l resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo no vinculante”.

Es decir que, de acuerdo con la LOAP, la consulta pública bien podría traducirse en una mera formalidad en donde la Administración diga que inicia el procedimiento, le dé a los particulares la oportunidad para manifestar sus comentarios y observaciones sobre la norma consultada (por ejemplo, a través de un correo electrónico como ocurrió en el caso del Ministerio del Poder Popular para la Salud comentado *ut supra*) haciéndoles creer que están participando en la elaboración de la regulación y, finalmente, el órgano ignore todas las observaciones recibidas, bien sea porque (i) luego de evaluarlas no las consideró apropiadas, supuesto que entendemos entraría dentro de su actuar discrecional, por lo que no constituiría *per se* una violación al derecho a la participación ciudadana si bien la finalidad de la consulta como herramienta que tiende a la eficacia y la eficiencia de la Administración –según dijimos– haría recomendable que existiese cierta motivación sobre la negativa más allá del simple deseo de la Administración, o (ii) las recomendaciones fueron desechadas sin siquiera ser evaluadas ya que el procedimiento se llevó a cabo con la única finalidad de evitar la sanción prevista en el encauzado del artículo 141 de la LOAP conforme con el cual:

El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título. (Destacado nuestro).

En este sentido, de encontrarnos en este último supuesto –es decir, en el tratamiento de la consulta pública como una formalidad donde se desconozcan absolutamente y sin mayor revisión por parte de la Administración las intervenciones de los ciudadanos que participen– no sería incorrecto considerar que el funcionario estaría cometiendo un *fraude a la ley* y, por ende, habría de tenerse presente la letra del artículo 25 de la Constitución de la República conforme con el cual “[t]odo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

No obstante, visto el carácter no vinculante de la consulta y el hecho que la Administración no tiene mayor obligación en cuanto a las eventuales respuestas que reciba más allá de las que derivan de principios como la honestidad, transparencia y rendición de cuentas –todos parte integrante de lo que hoy se denomina *la buena administración pública*¹²–, se está consciente de las dificultades probatorias que enfrentaría el interesado para alcanzar una declaratoria de responsabilidad de esta naturaleza (en contra del funcionario) o de nulidad absoluta de la norma por la prescindencia total y absoluta del procedimiento de consulta pública, así el mismo se hubiese realizado formalmente.

¹² Véase Rodríguez-Arana, Jaime. “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, *Revista de Derecho Público*, N° 113, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, pp. 31-41.

Por último, en cuanto al procedimiento para la elaboración de normas que prevé la LOAP, podemos destacar que el único aparte del artículo 141 establece como excepciones a la consulta pública la existencia de una “emergencia manifiesta” o de la “legislación excepcional previst[a] en la Constitución de la República” (es decir, de un estado de excepción¹³) pues, en estos casos, “por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad (...) la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa”.

Nótese, sin embargo, que esta excepción no se extiende *ad infinitum* y más bien la consulta previa se transformaría en una consulta posterior ya que, conforme con el mismo artículo, “las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla”.

IV

Precisado el contenido de la LOAP en la materia que nos ocupa, no extraña que autores como Araujo-Juárez sostengan que esta ley únicamente “establece lineamientos generales sobre el procedimiento administrativo de consulta pública, ya que deja el arbitrio de los entes reguladores, el establecimiento de los detalles”¹⁴, tal como habría ocurrido en la Resolución N° 85 del Ministerio del Poder Popular para la Salud –ya citada– donde el ministerio procedió a “[f]ijar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, los (...) parámetros a los fines de la sustanciación del procedimiento de consulta pública”, entre los cuales determinó que el proyecto de resolución “será publicado en el Portal WEB (...), a los fines de su conocimiento por parte de todos los ciudadanos (...), instituciones, gremios, asociaciones, partes interesadas o entidades que deseen participar en el proceso de consulta”, el “[i]nforme de las opiniones y sugerencias debe ser enviadas por escrito” a una dirección física o electrónica prevista en la resolución y que el proceso “se extenderá por un lapso de diez (10) días hábiles contados a partir de la publicación de la presente Resolución en la Gaceta Oficial (...), tiempo en el cual los interesados presentarán las observaciones, comentarios y sugerencias que estimen convenientes respecto al articulado propuesto”, luego de lo cual “el Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria, articulará si lo considera necesario con aquellos actores, movimientos sociales, organismos e Instituciones vinculadas al tema que notificaron sus aportes y sugerencias, para que designen voceros que participen en las discusiones técnicas sobre el tema con miras a consolidar el texto final” (artículos 2 y 3 de la resolución).

Esta situación, consideramos, habría de ser revisada en una eventual reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en la que se incluya lo concerniente al procedimiento para la elaboración de normas reglamentarias, para lo cual resultarían de

¹³ Véase al respecto Sira Santana, Gabriel. “*El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*”, Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

¹⁴ Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo: Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 881.

valor inclusiones como las propuestas por Muci Borjas en cuanto a que “[c]elebrada la consulta pública, el ministerio al cual compete la elaboración del reglamento deberá considerar las observaciones y comentarios resultantes de la consulta pública, e introducirle al anteproyecto consultado las modificaciones que resulten apropiadas” –por lo que las recomendaciones habrían de ser valoradas por la Administración, sin que por ello se les dote de carácter vinculante– y cuál habría de ser el procedimiento de ley a seguir¹⁵, a lo que agregamos que, en pro del principio de transparencia, publicidad y rendición de cuentas, todas las observaciones y recomendaciones que se formulen en el curso de la consulta habrían de incorporarse en el expediente administrativo del proyecto y en un repositorio digital en el sitio web del órgano o ente consultante a fin de que cualquier interesado pueda conocer las observaciones que se formularon, garantizando en todo momento el derecho a la privacidad de los intervinientes.

Asimismo, y si bien la redacción de la LOAP nos parece clara en este sentido, visto que el Poder Judicial ha decidido en más de una ocasión en contra de esta participación al asentar, por ejemplo, que aun cuando la consulta “queda abiert[a] a cualquier persona interesada que requiera hacer observaciones, debe precisarse que en lo que atañe a la obligación (...) de realizar la remisión del anteproyecto (...), esta queda circunscrita (...) a las comunidades organizadas, cuyo registro queda a cargo de todos los entes públicos”, por lo que “quien pretenda que los órganos jurisdiccionales declaren la violación a lo establecido en los artículos antes mencionados [139 y siguientes de la LOAP] debe acreditar que cumplió con su carga de probar que se ha constituido como una ‘comunidad organizada’ y que se encuentra inscrito en el registro” pues, de lo contrario, “no surge (...) la obligación de dirigir para su consulta el anteproyecto de (...) norma”, dada “la imposibilidad material de la Administración Pública de conocer y notificar a todas y cada una de las organizaciones o grupos que pudieran ser titulares del derecho a participación”¹⁶, sería prudente que en la nueva legislación se dejara aún más claro que la participación ciudadana a través de las comunidades organizadas es independiente de la participación ciudadana de forma individual y en ambos casos se debe poder tener acceso al proyecto que se discute, aunado al hecho que la participación de forma mancomunada no debe estar sujeta a registros previos ya que estos pueden fungir como una *válvula de escape* para que la Administración se zafe de su obligación con la sola negativa del registro en cuestión o la imposición de que únicamente se pueda participar a

¹⁵ Véase Muci Borjas, J.A. *ob. cit.*, pp. 24 y 26. En cuanto al procedimiento de consulta, el autor propone que “La adopción de normas reglamentarias deberá estar precedida de consulta pública. A tales efectos, el ministerio que elaboró el proyecto deberá: 1. Divulgar, mediante sendos avisos destacados, publicados en la Gaceta Oficial de la República y su página web, la fecha de inicio y el lapso de duración de la consulta pública. El lapso de la consulta no podrá ser en ningún caso inferior a treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de la publicación en la Gaceta Oficial de la República. 2. Indicar la dirección electrónica en la que puede ser consultado y descargado el anteproyecto, así como la dirección física a la cual pueden dirigirse quienes decidan solicitar una copia física del anteproyecto. 3. Proporcionar sendas direcciones, una física y otra de correo electrónico, a las cuales cualquier persona puede remitir las observaciones y comentarios que el anteproyecto les hubiere merecido”.

¹⁶ Véase fallo N° 522/2015 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso: Promociones La Madrugada C.A.). Este fallo fue analizado en: Sira Santana, Gabriel. “La obligación de consulta pública de normas: ni tan obligatoria ni tan pública”, *Revista de Derecho Público*, N° 142, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 206-213.

través de organizaciones que se ajusten a sus ideales e intereses como lo serían las entidades que integran el llamado “Poder Popular”¹⁷.

Este desprecio a la consulta pública por parte del Tribunal Supremo de Justicia no procede únicamente de su Sala Político Administrativa sino también de la Sala Constitucional, como se constata en las causas relacionadas con los decretos leyes producto de las leyes habilitantes aprobadas en los últimos años¹⁸, aun cuando en otros casos ha recordado que las posibles violaciones que se generen en un procedimiento administrativo de consulta previa pueden dar lugar al recurso contencioso administrativo de nulidad, que constituye la vía idónea para su reclamo y eventual declaratoria de nulidad de la norma¹⁹.

V

Acercándonos a la conclusión de esta colaboración hemos de destacar que el derecho a la participación ciudadana, en lo que se refiere a la elaboración de normas reglamentarias, no está circunscrito únicamente a las disposiciones comentadas de la LOAP ya que, en diversas leyes especiales, podemos hallar algunas menciones por lo que respecta a normas técnicas.

Así, por ejemplo, el Decreto con Fuerza de Ley de Aviación Civil del año 2001²⁰ –hoy derogada por la Ley de Aeronáutica Civil de 2005²¹, reformada en 2009²²– preveía en su artículo 10 que “[e]l Instituto Nacional de Aviación Civil, antes de producir o modificar los actos normativos que puede dictar de conformidad con este Decreto-Ley, realizará consultas públicas previas con los sectores interesados”, siendo que las particularidades de dicho procedimiento –entre ellas, “los mecanismos que permitan asegurar la oportuna información de los interesados y la posibilidad que aporten sugerencias o recomendaciones”– se establecerían mediante providencia administrativa.

Asimismo, la norma indicaba que el INAC como autoridad aeronáutica podía dictar “normas técnicas atinentes a la seguridad operacional sin que medie la consulta previa” cuando “la naturaleza urgente del caso así lo amerite” –en cuyo caso la consulta pasaría a ser posterior, como vimos ocurre hoy día con la LOAP– y que, en todo caso, se “reconoce a las personas naturales o jurídicas, la iniciativa de proponer al Instituto Nacional de Aviación Civil la regulación de nuevos servicios o situaciones atinentes a la aviación civil”.

¹⁷ Véase Alvarado Andrade, Jesús María, Brewer-Carías, Allan R. Hernández, José Ignacio, Herrera Orellana, Luis Alfonso, Nikken, Claudia y Vigilancia, Adriana, *Leyes orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado comunal*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011 y, más recientemente, Sira Santana, Gabriel *Poder Popular, descentralización y participación ciudadana*, Centro para la Integración y el Derecho Público y FUNEDA, Caracas, 2018.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Brewer-Carías, Allan R. “El derecho ciudadano a la participación popular y la inconstitucionalidad generalizada de los Decretos-Leyes 2010-2012, por su carácter inconsulto”, *Revista de Derecho Público*, N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012 y “El fin de la llamada ‘democracia participativa y protagónica’ dispuesto por la Sala Constitucional en fraude a la Constitución, al justificar la emisión de legislación inconsulta en violación al derecho a la participación política”, *Revista de Derecho Público*, N° 137, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

¹⁹ SC/TSJ N° 951 del 24-05-2007.

²⁰ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.293 del 28-09-2001.

²¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 38.215 del 23-06-2005 y reimpressa en N° 38.226 del 12-07-2005.

²² Publicada en Gaceta Oficial N° 39.140 del 17-03-2009.

Este artículo fue suprimido de la Ley de Aeronáutica Civil vigente que, en relación con la participación, únicamente plantea la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional cree comités técnicos interorgánicos junto con “personas especializadas para la coordinación de las actividades relativas a la aeronáutica nacional” (artículo 13), entre lo cual podría encontrarse la regulación del sector.

No obstante, mal podría considerarse que esta derogatoria se traduce en una negativa a participar en la elaboración de normas reglamentarias en materia aeronáutica ya que, a falta de una disposición especial como la que se apreciaba en el año 2001, el procedimiento en cuestión habría de regirse conforme con las pautas de la LOAP que ya hemos comentado y que sin lugar a dudas fomentan la participación en cuestión. Más aun en sectores como el aeronáutico que son fuertemente regulados por actos de rango sublegal, dado en parte su carácter técnico²³.

En sentido similar, otro ejemplo representativo de la inclusión de la participación ciudadana en la elaboración de normas reglamentarias lo hallamos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones²⁴ que en términos bastante similares a la derogada Ley de Aviación Civil prevé que:

Artículo 11. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, antes de producir o modificar los actos normativos que puede dictar de conformidad con esta Ley, realizará consultas públicas previas con los sectores interesados. A tales efectos establecerá mediante resolución los mecanismos que permitan asegurar la oportuna información de los interesados y la posibilidad que aporten sugerencias o recomendaciones, en los términos y condiciones que se determinen, para lo cual procurará el establecimiento de mecanismos abiertos, electrónicos o audiovisuales.

Las personas, naturales o jurídicas, podrán proponer a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la regulación de nuevos servicios de telecomunicaciones.

Así, este sería otro sector que se caracteriza por su tecnicidad y en el que la participación de quienes hacen vida en el mismo –ya sea como prestadores de servicios o como usuarios– se considera vital para que la norma que dicte la Administración goce de un mayor grado de implementación y efectividad pues, si bien lo recomendable es que quienes elaboren el proyecto cuenten con los conocimientos y experiencia que les permitan concebir una norma que responda a las necesidades del sector, no puede negarse que hay supuestos de hecho y consecuencias jurídicas que posiblemente serán ignoradas por los primeros –por ejemplo, por responder al giro comercial de los prestadores del servicio– y que únicamente podrán ser consideradas en el proyecto una vez estos últimos las hagan públicas mediante el procedimiento de consulta.

Por último, un tercer ejemplo de participación para la elaboración de normas técnicas lo hallamos en el artículo 80 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Pes-

²³ En adición a una multiplicidad de artículos en la Ley de Aeronáutica Civil que hacen referencia a normas técnicas que habría de dictar la autoridad aeronáutica (por ejemplo, los artículos 19, 37, 40 al 42 y 48), se recomienda la consulta del Boletín de Derecho Aeronáutico que publica trimestralmente el Centro para la Integración y el Derecho Público y en donde se recogen las providencias normativas dictadas por el INAC, con inclusión de las llamadas Regulaciones Aeronáuticas Venezolanas. Los números publicados a la fecha están disponibles en <http://www.cidep.com.ve/bda>

²⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28-12-2010 y reimpressa en N° 39.610 del 07-02-2011.

ca y Acuicultura²⁵, conforme con el cual la autoridad en la materia –a saber, el Instituto Socialista de la Pesca y Acuicultura– “deberá presentar a consulta pública las propuestas de normas técnicas de ordenamiento en materia de pesca, acuicultura y actividades conexas antes de someterlas a consideración del órgano rector, a los fines de garantizar el ejercicio de la democracia participativa, directa y protagónica, de conformidad con lo establecido en la Ley que rija la materia”.

Dos comentarios hemos de realizar sobre este artículo:

El *primero*, es que al plantearse la consulta como un paso previo a la “consideración del órgano rector” –a saber, el ministerio al cual se encuentre adscrito el Instituto en ese momento– de la propuesta, podríamos preguntarnos si esa propuesta pasaría por un doble procedimiento de consulta pública: uno ante el Instituto Socialista de la Pesca y Acuicultura, a los fines de que este elabore la propuesta a tenor de lo previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Pesca y Acuicultura, y otro ante el ministerio de adscripción, en caso que el mismo tome para sí el proyecto presentado por el instituto y proceda a dictar la norma, en cuyo caso este último habría de seguir el procedimiento previsto en la LOAP.

Al respecto, somos de la opinión que si bien esta duplicidad podría verse como contraria a los principios de celeridad y eficiencia en el manejo de los recursos públicos, estaría justificada en el hecho que la propuesta consultada por el Instituto Socialista de la Pesca y Acuicultura –en un primer momento– podría ser sustancialmente diferente al texto que se presente al ministerio para su consideración –en un segundo momento–, por lo que limitar la participación ciudadana al primero podría traducirse en la práctica como un mecanismo para *burlar* la participación y, con ello, vulnerar el derecho sobre el cual versa esta colaboración. Claro está que la duplicidad no se daría en aquellos casos cuando la propia consideración del órgano rector es a efectos también consultivos y la norma habría de ser dictada por el Instituto Socialista de la Pesca y Acuicultura.

Un *segundo* comentario: cuando el artículo citado alude a la participación ciudadana “a los fines de garantizar el ejercicio de la democracia participativa, directa y protagónica” agrega que será “de conformidad con lo establecido en la Ley que rija la materia”.

Esta frase debe llamarnos a la reflexión pues, a la fecha, las únicas leyes que dicen regular la democracia participativa y con ello la participación ciudadana –abstrayéndonos de la legislación electoral como la Ley Orgánica de Procesos Electorales y la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones– serían las llamadas leyes del “Poder Popular” sobre las cuales se ha afirmado que si bien ese “Poder” podría ser entendido como un mecanismo de participación ciudadana que pretende incluir a los particulares en la vida pública²⁶, en realidad “presenta serios inconvenientes”, pues el modo en que se consagró, “lejos de favorecer a tal participación más bien la limita al establecer una serie de restricciones basadas en ideologías políticas y asociaciones que impiden la libre participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos que sean de su interés ya que, primero, para que sean reconocidos habrán de constituirse en una

²⁵ Publicado en Gaceta Oficial N° 6.150 Extraordinario del 18-11-2014.

²⁶ Sira Santana, G. *Poder Popular, ob. cit.*, p. 193.

de las organizaciones que el legislador previó y, segundo, ello solo podrán hacerlo si con ella favorecen la construcción de una sociedad socialista”, lo cual sería “de claro corte inconstitucional²⁷.

Es decir que disposiciones como la prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Pesca y Acuicultura, de interpretarse de forma concurrente con las leyes del “Poder Popular”, podrían obrar en contra de la participación y limitarla a un cúmulo de personas que la Administración desee que sean parte en el proceso de elaboración de la norma con la única finalidad de evitar su posterior declaratoria de nulidad absoluta y no, como lo exige el legislador, para garantizar los principios democráticos que deben estar presentes en el ejercicio de la función normativa, sea esta de rango legal o sublegal.

VI

Para concluir consideramos prudente señalar que en adición al procedimiento “ordinario” de elaboración de reglamentos previsto en la LOAP y las disposiciones contenidas en leyes especiales en atención a normas técnicas, una revisión del ordenamiento jurídico nacional nos permite ver que la participación ciudadana ha sido incorporada en una multiplicidad de supuestos que no se circunscriben al Poder Ejecutivo sino que abarca otras ramas del Poder Público, especialmente en lo que concierne a la elaboración de presupuestos públicos.

Así, y solo a fines ilustrativos, vemos que de acuerdo con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Contra la Corrupción²⁸ “[e]l Ejecutivo Nacional deberá someter a consulta pública el anteproyecto de Ley del Marco Pluri-anual del Presupuesto y el anteproyecto de Ley de Presupuesto Anual, antes de su presentación a la Asamblea Nacional, de conformidad con lo establecido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública” (artículo 11) y “[l]os particulares y las organizaciones de la sociedad tienen derecho a participar en la formulación, evaluación y ejecución presupuestaria de acuerdo con el nivel político territorial correspondiente, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley”, aunado a que “la Oficina Nacional de Presupuesto someterá periódicamente a consulta pública, el diseño de los indicadores de gestión (...), de conformidad con el procedimiento establecido en el Título VI de la Ley Orgánica de la Administración Pública” (artículo 12), que hemos comentado.

En términos similares, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes²⁹ determina que la “formulación, ejecución y control de la gestión pública del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes” será objeto de participación ciudadana –supuestos dentro de los cuales encuadra la actividad normativa que se despliegue en este sistema, visto que más adelante se indica que “[e]l órgano rector, a través del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, debe realizar una consulta pública anual para la formulación de las políticas y planes para la protección integral, así como para la elaboración del proyecto de presu-

²⁷ *Ibid.*, pp. 193-194.

²⁸ Publicado en Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinario 19-11-2014.

²⁹ Publicada en Gaceta Oficial N° 6.185 Extraordinario 08-06-2015.

puesto anual” y este consejo “deberá presentar a consulta pública y ante asamblea de ciudadanos y ciudadanas los proyectos de lineamientos generales y directrices generales del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, antes de presentarlos a consideración del órgano rector”–, a pesar de que la ley limita expresamente esta participación a “[l]os consejos comunales, los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes y las demás formas de organización popular, incluyendo los pueblos y comunidades indígenas” (artículo 136), respecto a lo cual reiteramos las observaciones que efectuáramos *ut supra*.

Por último, alejándonos del Poder Ejecutivo vemos que tanto la Ley del Sistema de Justicia como la Ley Orgánica de la Defensa Pública³⁰ han previsto que los órganos y entes que entran en su ámbito de aplicación deben llevar a cabo procedimientos de consulta pública “para la formulación de sus políticas y planes, así como para la elaboración de los proyectos de presupuesto anual. Así mismo, deberán presentar a consulta pública los actos administrativos de carácter normativo o de efectos generales”, sin que existan variaciones en la redacción según se constata en el artículo 23 de la primera ley mencionada y el artículo 103 de la segunda.

En todo caso, ambos artículos agregan que la forma, lugar y oportunidad de estas consultas públicas se regirá por lo previsto en las leyes del sistema de justicia y de la Defensa Pública –que poco o nada agregan– y, de forma supletoria, por la Ley Orgánica de Administración Pública de acuerdo con el procedimiento que hemos detallado.

³⁰ Publicadas en Gaceta Oficial N° 39.276 del 01-10-2009 y N° 6.207 Extraordinario del 28-12-2015, respectivamente.

SEXTA PARTE

PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD Y DEL CONTROL DEL ESTADO

40. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Ramiro SAAVEDRA BECERRA*

Resumen: Después del reconocimiento de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de las actuaciones de la administración pública, y cuando el Legislador no puede ya aspirar a encarnar la soberanía y por tanto la pretensión de que ella se impone a todos sin contraprestación, su responsabilidad es un principio crecientemente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, sea que ella se derive de leyes constitucionales o bien de aquellas contrarias a la Carta Fundamental.

Al mismo tiempo, las reticencias que provocaba la responsabilidad por las decisiones y por el funcionamiento de la administración de justicia, como un riesgo para la seguridad jurídica, han dado paso a la admisión, en determinadas circunstancias, de la responsabilidad por los daños que ellas les causen a las personas.

Palabras claves: Responsabilidad del Estado, daños, administración pública, soberanía.

Abstract: After the recognition of a State Liability for the damages caused by the actions of the public administration, and given that the Legislator can no longer aspire to justify its actions in the state sovereignty and therefore make the claim that it is imposed on all of us without consideration, the Responsibility of the State is a principle increasingly accepted by doctrine and jurisprudence, whether it is derived from the Constitution or from laws that are contrary to the magna-carta.

At the same time, the harms caused by the decisions and improper operation of the administration of justice, due to the fact that they imply an affectation to the principle of legal security, have given way to the admission, in certain circumstances, of State Liability for the damages that they they cause to people.

Key words: State Liability, damages, public administration, sovereignty.

* Socio Saavedra Becerra Abogados S.A.S. Bogotá, Colombia. Ex Consejero de Estado, Abogado de P.U. Javeriana de Bogotá, Magister Derecho Administrativo Université de Paris II, Profesor de Responsabilidad del Estado P.U. Javeriana. Correo electrónico: rasbe@sbabogados.co

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio de sus funciones y la obligación de indemnizar a las víctimas es una de las instituciones capitales del derecho moderno. A ella se llegó después de una serie de desarrollos sociales y económicos que, a partir del siglo XIX, hicieron intolerable que el poder público escapara al escrutinio de la sociedad cuando sus acciones afectaran negativamente los derechos de las personas, y pusieron fin a un privilegio heredado del absolutismo real¹.

Poco a poco distintos fallos de los tribunales y el impulso de los doctrinantes han hecho que el principio de responsabilidad de la potestad pública cubra casi todos los aspectos de la actividad estatal. Quedan dos campos en los que el recorrido ha sido más lento y difícil al punto de que aún hoy, todavía no ha llegado plenamente a su completo desarrollo. Son ellos, la responsabilidad por el hecho del legislador y la responsabilidad por la actividad jurisdiccional.

I. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR

Hace más de cien años, cuando se inició en la cultura jurídica el camino lento de la afirmación de la responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio de la actividad administrativa, la ley no estaba totalmente sometida al Derecho. Hoy sí. Antes, la ley detentaba una racionalidad, y una estabilidad intrínsecas que ya ha perdido. En ese entonces la ley era el Derecho. Hoy, en el proceso creciente de su desacralización, es razonable que se integre al proceso de sumisión a los mecanismos de la responsabilidad. Una ley que dejó de ser y de tener siempre razón y que muchas veces solo es acción, voluntad o técnica, es obviamente una ley que puede perjudicar².

La imposibilidad de reconocer esta vía jurídica era explicable a fines del s. XIX frente al dogma de la soberanía del Parlamento³. La ausencia de acceso al juez estaba igualmente fundada sobre una concepción binaria o rígida de la separación de poderes que no autorizaba ningún control de los actos del legislador y que así, se oponía al reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Es por ello que la reparación de los perjuicios consecutivos a la aplicación de una ley se inscribe en una nueva representación del acceso al poder jurisdiccional⁴.

¹ No nos referimos aquí a instituciones diferentes a la responsabilidad propiamente dicha, tales como las privaciones singulares de la propiedad como resultado del ejercicio de potestades estatales como la expropiación, o la implantación de arbitrios rentísticos como los monopolios públicos.

² Amaral, María Lucía, “A responsabilidade do Estado-legislador: Reflexões sobre uma reforma”, en *Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra Editora, Lisboa, 2002, p. 217 ss.

³ La negativa a admitir una responsabilidad por las actuaciones del legislador se dio tanto en los sistemas derivados del llamado derecho continental europeo como de los que se basan en el *Common law*. Aún hoy, En los Estados Unidos no es posible una responsabilidad estatal por una ley una vez que esta se ha declarado inconstitucional, en virtud de un principio de “inmunidad constitucional” que impide el reconocimiento judicial de casi toda responsabilidad en contra del poder federal.

⁴ Ducharne, Théo, *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, LGDJ, Paris, 2019, p. 83.

A diferencia del sistema que se estableció en EE.UU., fundado sobre la teoría de la separación de poderes de Montesquieu y complementado con la idea de los *checks and balances* o contrapoderes institucionales para que poder controle al poder, que queda así ampliamente compartido entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial con todos los operadores políticos sometidos a la norma de derecho, las democracias que siguieron las ideas de la Revolución francesa se construyeron sobre una tradición diferente, revolucionaria más que liberal, inspirada por Rousseau más que por Montesquieu y Tocqueville, y teniendo como piedras angulares no la autolimitación del poder y la supremacía del derecho, sino la soberanía del pueblo y la supremacía de la “voluntad general” expresada por sus representantes.

Forjadas a fines del siglo XVIII, estas dos grandes tradiciones democráticas han tenido sin embargo tendencia confluir en el curso de la segunda mitad del siglo XX. La evolución mayor ha sido la conversión progresiva de las democracias europeas a la tradición del constitucionalismo americano y a la super legalidad de la Constitución, antes un documento político, más no jurídico. Ante los riesgos de la concepción puramente mayoritaria de la democracia, la necesidad de subordinar la ley de la mayoría al respeto de los principios fundamentales de rango constitucional protectores de las libertades fundamentales y de las minorías, se ha ido imponiendo progresivamente en Europa después de la Segunda Guerra Mundial: la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales nacionales, de la Corte europea de los derechos del hombre, de la Corte europea de justicia han contribuido así a hacer de la supremacía del derecho, componentes esenciales de la democracia europea, sobre el modelo liberal americano⁵.

Todos esos factores han favorecido al mismo tiempo la concepción de una responsabilidad patrimonial por los eventuales daños que puede causar la actividad del legislador.

No obstante, como lo señala el profesor Carrillo Artiles⁶, “el axioma cimentado en algunos países que afirma que, bastaría con el establecimiento del control de constitucionalidad de las leyes para garantizar idóneamente la legalidad de los actos legislativos que coliden con la Constitución, se hizo insuficiente desde el momento mismo en que se comenzó a considerar la existencia de responsabilidad del Estado, no sólo por el funcionamiento anormal de su actividad sino también por funcionamiento normal de la

⁵ Es importante recordar que el sistema norteamericano fue rápidamente adoptado en Colombia y Venezuela. Así, después de la firma del acta de independencia el 20 de julio de 1810, la Constitución de Cundinamarca de 1811, expedida por el Colegio Constituyente de Cundinamarca en su artículo 9º, estableció un Senado de Censura y Protección para que de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano sostuviera la Constitución y los derechos del pueblo y evitara usurpaciones o infracciones de cualquiera de los otros poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, contrarios al tenor de la Constitución. Aunque el control constitucional que se estableció era de carácter político, se introdujo por primera vez la posibilidad de que cualquier ciudadano pudiera intervenir para que se ejerciera un control constitucional precario.

A su vez, la Constitución de Venezuela de 1811, estableció en su artículo 227 una cláusula de supremacía análoga a la acogida en la Constitución norteamericana de 1787. En ella no sólo se establecía la garantía de la supremacía constitucional, sino su consecuencia inmediata, esto es, la nulidad de toda ley que contradijera las determinaciones constitucionales.

⁶ Carrillo Artiles, Carlos Luis, “Reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y los efectos temporales de las sentencias”. En *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas 2012, p. 415.

actuación legislativa por él desplegada, pues puede darse el caso de la materialización de actos legislativos producto de una actividad normal y lícita, que en su ejecución pudiesen acarrear una afectación patrimonial para un sujeto determinado, lo cual en el fondo sería susceptible de ser indemnizado por el Estado para generar un verdadero equilibrio justicial en cabeza del afectado”.

Pero además, en palabras de la Corte Constitucional colombiana⁷, el control de constitucionalidad no es un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la responsabilidad del Legislador, “y como bien señala la doctrina⁸, la conexión entre las teorías del control de constitucionalidad y de la responsabilidad del legislador es, cuando menos, problemática pues no toda declaratoria de inconstitucionalidad implica responsabilidad estatal, ni todo reconocimiento de la responsabilidad del legislador tiene como requisito la previa declaratoria de inconstitucionalidad de una norma”.

Se ha señalado, por otra parte, que el carácter general e impersonal de las leyes constituye un obstáculo para el reconocimiento de perjuicios individuales. No obstante, lo cierto es que por razones económicas, tecnológicas o de eficacia, la nueva legalidad se forma a veces, sin la intervención plena del Estado como en el caso de actividades apoyadas en redes y tecnologías que pueden incluso actuar sobre comunidades virtuales⁹. La ley recae cada vez más en sectores específicos de la sociedad, de manera que la pretensión de que sus cargas deben ser soportadas por toda la comunidad, hoy carece de fundamento.

Al mismo tiempo, como lo señaló el gran jurista Louis Favoreu¹⁰, hay denegación de justicia en todos los casos en que se puede identificar una carencia del sistema jurisdiccional que se cumple cuando el perjuicio es causado por un hecho de la ley. Para él, la denegación de justicia constituye “la imposibilidad para el demandante de obtener la aplicación integral, por un juez, de la regla de derecho a su situación, cuando esta situación ha sufrido un ataque cualquiera, por el hecho de una autoridad sometida a la norma de derecho, y esta imposibilidad resulta en una falla accidental en la organización o el funcionamiento del sistema jurisdiccional, falla que se analiza no como un desconocimiento por el juez de su misión sino como una falta del Estado a su deber de protección jurisdiccional del individuo”.

Finalmente, es indudable que la jurisprudencia de las Cortes de la Comunidad Europea ha tenido una clara influencia en el desarrollo de la responsabilidad del legislador tanto en Francia como en España¹¹, y por contera, en nuestro continente. La cuestión se planteó categóricamente después de la obligación impuesta por la Corte de justicia de las Comunidades Europeas de reconocerle, en caso de conflicto, la primacía a las nor-

⁷ C.Const. Sent C-38 de 2006, MP. Humberto Sierra Porto.

⁸ Ahumada Ruiz, María de los Ángeles, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 62, mayo-agosto 2001, p. 307. (Cita en el fallo)

⁹ Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Thompson Civitas, Madrid, 2004, p. 324.

¹⁰ Favoreu, L. *Du deni de justice en droit public français*, Tesis, Paris. 1962, p. 560.

¹¹ El derecho comunitario, por otra parte, ha venido siendo particularmente importante para la concepción de un derecho público de la responsabilidad en el Reino Unido como lo muestran varias obras publicadas en los últimos años. Por todas: Infortunadamente este proceso se ve truncado por el Brexit.

mas comunitarias sobre las normas de derecho interno cualquiera que sea su naturaleza. De lo que era natural que se derivara la consideración de la responsabilidad del Estado por el eventual desconocimiento del derecho de la Comunidad. Ello quedó consagrado solemnemente y de manera expresa en el fallo *Francovich* de 19 de noviembre de 1.991¹²: Los Estados deben reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario, cualquiera que sea el autor de esa violación, administración, juez o legislador.

Este principio de reparación está acompañado de condiciones mínimas: la norma violada debe otorgar derechos a particulares, tal violación debe estar “suficientemente caracterizada” y, como en cualquier sistema de responsabilidad, debe existir un nexo de causalidad entre la infracción y el daño reclamado por el demandante¹³.

Para analizar entonces el proceso evolutivo que ha venido teniendo la idea de la responsabilidad por el hecho del legislador es necesario considerar dos hipótesis: la de la ley acorde con la Constitución y la de la ley que ha sido declarada contraria a la misma en un proceso de constitucionalidad.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA LEY ACORDE CON LA CONSTITUCIÓN

Es el caso de una ley, adecuadamente expedida por el legislador en la forma y en el fondo, que causa un daño antijurídico en el sentido de que éste no debe ser soportado por la víctima del mismo. El examen de la cuestión empezando por el derecho francés se justifica en primer lugar por la importancia de ese país no solo en el desarrollo del derecho administrativo sino por haber sido precisamente el pionero en el reconocimiento, limitado, de la responsabilidad por el hecho de la ley.

La responsabilidad por la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas en Francia

En Francia, el dogma de la irresponsabilidad del Estado legislador se define a partir del fallo *Duchâtelier*¹⁴ de 11 de Enero de 1.838 que desestima la indemnización solicitada por un fabricante de productos derivados del tabaco, forzado a cerrar su fábrica por imposición de la Ley del 12 de febrero de 1.835 que, sin prever indemnización, como hacían otras leyes especiales, prohíbe su producción para asegurar la rentabilidad del monopolio del tabaco. Esa jurisprudencia fue ratificada más tarde por otras decisiones en un sentido similar. La jurisprudencia se fundaba en que el Estado no puede ser responsable por las consecuencias de las leyes que, en aras del interés general prohíban el ejercicio de una industria. Es precisamente en este contexto que Édouard LAFERRIÈRE proclama la célebre fórmula que compendia la doctrina de fines del siglo XIX: “*Es de principio que los daños causados a particulares por medidas legislativas no le dan ningún derecho a indemnización. La ley, es en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que se pueda reclamar ninguna compensación. Sólo el legislador puede apreciar, según la naturaleza y la gravedad del daño, y*

¹² C.J.C.E. 19 de nov. De 1.991, *Francovich et Bonifaci*, Asunto. C-6/90 y C-9/90, Rec. I-5357

¹³ Notablemente, Cef Nov. 2 de 2005 *Société coopérative agricole Ax'ion*,

¹⁴ Cef 11 de enero 1838, *Duchâtelier*, Rec. 7

*de acuerdo con las necesidades y los recursos del Estado si debe acordar esta compensación. Los tribunales no pueden otorgarla en su lugar. Ellos solo pueden evaluar el monto según las bases determinadas en la ley*¹⁵.”

El tema aflora con frecuencia en el panorama doctrinario francés, y será Léon DUGUIT quien dé el paso decisivo al formular en 1.923, una teoría de la responsabilidad por actos del legislativo en la segunda edición de su *Traité de droit constitutionnel*. El célebre jurista, para quien el Estado se define como un gran prestador de servicios públicos y asegurador para los ciudadanos de todo riesgo que derive de su actividad general, concluye que “*este seguro cubre igualmente el riesgo resultante de la aplicación de una Ley, ya que, en definitiva, toda Ley tiene por finalidad crear un servicio público o regular su funcionamiento*”. Sobre esta base postula la responsabilidad del legislador, obligado a su juicio, a incluir la debida indemnización por los perjuicios que cause a determinados ciudadanos en los supuestos en los que, para organizar en mejores condiciones para el interés general un servicio público, prohíba una actividad lícita, excluyéndola cuando la prohibición se base en su peligrosidad para el bien común. De ahí concluye que, ante el silencio de una Ley dañosa respecto de un derecho a indemnización, los tribunales podrán reconocer tal derecho sólo si la actividad que se prohíbe es lícita.

La posición de DUGUIT abre el camino a un progresivo cambio de criterio del *Consejo de Estado*, que culmina en el reconocimiento expreso del derecho a indemnización en 1.938 en el fallo *Société La Fleurette*¹⁶. Para proteger el mercado lechero excedentario, una ley había prohibido la fabricación y comercialización del producto llamado *Gradine*, que tenía la misma utilización de la crema pero no provenía exclusivamente de leche, sino mezclada con aceite de maní y huevos. La sociedad, —única que lo fabricaba—, sufría un perjuicio considerable. El Consejo de Estado le otorgó una indemnización sobre la base de la responsabilidad sin falta según un razonamiento que iba a retomar algún tiempo después a propósito de la prohibición de glucosa en la fabricación de la cerveza¹⁷.

Ante el silencio de la ley, el *Consejo de Estado* admite la procedencia de la indemnización fundándose, no sólo en la vulneración del principio de *igualdad ante las cargas públicas*¹⁸, sino en la presunción de una voluntad indemnizadora del legislador que silencia, pero no excluye el derecho a resarcimiento. La evolución de esta jurisprudencia, alcanzará su punto culminante en 1963 con el fallo *Bovero*¹⁹ en el que se le reconoce un perjuicio especial al propietario de un apartamento ocupado por la familia de un militar de servicio en el norte de África durante la guerra de Argelia, contra la que había obtenido una orden de desahucio que queda sin efecto por una ordenanza con rango de Ley que prohíbe expulsar de sus alojamientos a los parientes de quienes sirven en ese territorio, en plena guerra de independencia.

¹⁵ En su *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Lib. Berger-Levrault et C. 2ª ed. Paris, Nancy, 1896, t. 2, pp 12-13. La fórmula, sin embargo, casi siempre, parcialmente citada fuera de contexto, ha servido para ilustrar una supuesta teoría de la irresponsabilidad *general* del Estado, que jamás estuvo en las doctrinas de Laferrière.

¹⁶ C.E.F. Ass., 14, Enero 1938, *Sté an. Des produits laitiers “La Fleurette”*, Rec. P. 25.

¹⁷ C.E.F 21 de enero de 1944, “Caucheteux et Desmonts”, *RDP*, 1945., p. 366, nota Jèze.

¹⁸ Que había inspirado ya el fallo *Couitéas* en 1.923 con base en una interpretación extensiva del artículo 13 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

¹⁹ C.E.F Sect. 25 de enero de 1963, Rec. p. 53.

Con el límite de la *exclusión expresa* de indemnización por la propia ley, y la exigencia de que el perjuicio causado sea *especial* y de una “*gravedad suficiente*”, se desarrolla en el sistema francés este peculiar régimen de garantías del ciudadano frente al legislador. En esta construcción, la *especialidad* del daño, término entendido en un sentido cuantitativo, es un requisito esencial, porque si el daño causado por la ley fuere general, sería contradictorio pretender repararlo mediante la concesión de una indemnización que gravaría a toda la colectividad.

Más recientemente, en el fallo *Gardedieu*, de 8 de febrero de 2007, el *Consejo de Estado* ha reconocido la responsabilidad del Estado “en razón de las obligaciones suyas para asegurar el respeto de las convenciones internacionales por las autoridades públicas, para reparar el total de los perjuicios que resulten de la intervención de una ley adoptada con desconocimiento de los compromisos internacionales de Francia”²⁰.

La responsabilidad por el hecho de las leyes en el derecho español

Parte de la doctrina, encabezada por uno de los mayores juristas españoles, el profesor García de Enterría se negó a aceptar siempre una responsabilidad que en su concepto pugnaría con la naturaleza misma del poder legislador. Pese a ello, los tribunales han buscado perfeccionar esa responsabilidad, por disposiciones legislativas que no son contrarias a la Carta constitucional²¹.

En una primera etapa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con estas leyes, se destacan especialmente, la decisión dictada con ocasión del adelanto de la edad de retiro, la decisión de 10 de junio de 1988 a propósito de la ley de amnistía de 15 de octubre de 1977, y la decisión de 11 de octubre de 1991 dictada en el asunto *Pedro Domecq S.A.*

Caso de la anticipación de la edad de retiro

En este célebre caso, el legislador español había decidido adelantar la edad de retiro de los magistrados, funcionarios y profesores de los setenta a los sesenta y cinco años. Los afectados alegaron la pérdida de ingresos que les causaba la obligación de retirarse más temprano y numerosos de ellos iniciaron procesos judiciales. Invocaron²² la inconstitucionalidad de las leyes en causa, sosteniendo especialmente que el legislador los privaba de un derecho a continuar trabajando hasta los 70 años, que las normas demandadas eran materialmente expropiadoras y que, al no prever indemnización, violaban el derecho de propiedad protegido en la Constitución. El Tribunal Constitucional, en decisiones dictadas en 1986, 1987 y 1988 determinó que la posibilidad de retirarse a los 70 años no constituía, en el momento del nombramiento de los actores, un derecho adquirido sino una simple expectativa de beneficio futuro.

²⁰ C.E .F.Ass. 8 de febrero 2007, *Gardedieu*, Rec. 78.

²¹ La responsabilidad del Estado se establece en España por el artículo 106.2 de la Constitución, norma que supuestamente consagra un sistema totalmente objetivo. No obstante, esta pretensión, que ha tenido una gran influencia en las Constituciones recientes latinoamericanas, se ha revelado excesivamente amplia y prácticamente irrealizable, como lo viene reconociendo un sector creciente de la doctrina. Por todos, ver Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Editorial B de f, Madrid. 2012.

²² El Tribunal Constitucional fue llamado en una acción de 55 diputados, sobre de la ley orgánica de 1 de julio de 1985 relativa al poder judicial y de la ley de medidas para la reforma de la función pública de 2 de agosto de 1984

Además, el Tribunal recalca que el legislador había implantado medidas para atenuar el impacto negativo de la reforma y compensaciones adjudicadas en el momento del retiro.

Sin embargo, en cada una de las tres decisiones, el Tribunal Constitucional parecía querer dejar la puerta abierta a una compensación suplementaria agregando en una fórmula sibilina, que las reformas legales “*en cuanto originaron una frustración de expectativas y determinados perjuicios económicos pueden merecer algún tipo de compensación*”. Era difícil saber si tal observación, muy vaga y en *obiter dicta* se dirigía al legislador para incitarlo a agregar la compensación adicional, o al juez común, lo que habría significado en tal caso, que el juez constitucional le estaba indicando a este último que podía reconocer la responsabilidad del Estado legislador.

La consecuencia fue que magistrados, funcionarios y profesores demandaron por responsabilidad y algunas jurisdicciones inferiores aceptaron reparar los daños causados por el legislador²³. El Tribunal Supremo, por su parte, pareció admitir a fines de los 80, la responsabilidad del Estado legislador a la vez que rechazaba las demandas por razones de forma. Infortunadamente, los razonamientos que desarrolla en cada una de las tres decisiones son contradictorios. Por ejemplo, indica que las reparaciones de los daños causados por la ley deben ser resueltos a luz de los valores y principios expresamente reconocidos en la Constitución, –sin que se precise cuales–, y de los principios generales del derecho incluidos en las leyes, especialmente el artículo primero del Código Civil sin que, tampoco, el Tribunal diga a qué principios generales de derecho hace referencia en particular. Lo que, en cambio, sí precisa es que a la reparación de los daños causados por el legislador no le son aplicables las normas relativas a la responsabilidad *de la Administración pública*.

Pero luego de las sentencias anteriores, y también en el marco del caso de la anticipación de la edad de retiro que continuaba sacudiendo el derecho español²⁴, el Tribunal Supremo español dicta una decisión que niega todo lo anteriormente establecido.

En ella, el TS se va a dedicar a desmontar, punto por punto los argumentos que él mismo había esgrimido previamente a favor de una responsabilidad del Estado legislador.

Ante todo, rechaza el argumento que consistía en encontrar el fundamento de la responsabilidad en el artículo 9.3 de la Constitución²⁵, porque es necesario un “*desarrollo legislativo previo*” sobre el punto. Explica, en efecto, que se necesita una intervención del legislador, para determinar en qué casos la responsabilidad del Estado legislador puede comprometerse y cuáles son las condiciones para ello, intervención tanto más indispensable dado que España carece en la materia de cualquier “*antecedente histórico*”.

²³ Ver, Garrido Falla, Fernando, “Sobre la responsabilidad del Estado legislador” *RAP*, 1989, N° 118, p. 48.

²⁴ En este caso se trató no de magistrados sino de funcionarios.

²⁵ Art. 9.3: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Luego de esta sentencia, el Tribunal Supremo dictará centenares de fallos de rechazo desde los años 90 hasta 2000, reproduciendo el razonamiento de la decisión de 30 de noviembre de 1992.

Sin embargo, a tiempo que continuaba aplicando esa jurisprudencia, va a abrir paralelamente una nueva línea jurisprudencial readmitiendo la reparación de los daños causados por leyes válidas sobre la base del principio de *confianza legítima*.

El Tribunal Supremo importó ese principio, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una sentencia de 5 de marzo de 1993 sobre eliminación de exenciones aduaneras, y lo confirmará a partir de la decisión de 17 de febrero de 1998 en el asunto *Es Trenc-Salobrar de Campos*²⁶.

Para que la situación de confianza legítima sea desconocida, es necesario que la intervención del legislador sea *imprevisible* o *exageradamente brusca* de tal suerte que ella venga a desestabilizar la relación de lealtad que se había establecido entre el ciudadano y los poderes públicos. La responsabilidad del Estado legislador se configura entonces con el cambio brusco e inesperado de la legislación.

Finalmente, el legislador decidió establecer un régimen de responsabilidad expreso y bastante exhaustivo: las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, han consagrado por primera vez en España la responsabilidad del Estado-Legislador.

Sin embargo, la nueva regulación matiza algunos aspectos de la jurisprudencia del TS en esta materia. Por ejemplo, limita los casos de reclamación a las lesiones provocadas por actos legislativos no expropiatorios, cuando la propia Ley prevea la indemnización y se aplique en los términos que ella determine, y por una ley declarada inconstitucional o contraria al derecho de la Unión Europea. Y además le imponen la obligación al recurrente de haber acudido a los tribunales y haber obtenido sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño. Todo ello supone, naturalmente, un importante límite a las posibilidades de reclamar.

Igualmente, en lo que toca con la indemnización que se pretenda, ésta no se puede reclamar sino por los daños producidos cinco años antes de que la norma sea declarada inconstitucional o contraria al Derecho de la Unión Europea, lo que constituye un límite temporal a los daños resarcibles por el Estado. Ello procura evidentemente conciliar el interés general con los intereses particulares de los afectados.

La responsabilidad por el hecho de la ley acorde con la Constitución en el derecho colombiano

La jurisprudencia colombiana ha venido afrontando el problema de la responsabilidad de manera bastante interesante. Toda discusión sobre la posibilidad de declarar esta responsabilidad fue superada por la Corte Constitucional en sentencia C-038 de 2006, en que tomó como punto de partida las decisiones del Consejo de Estado para analizar

²⁶ TS, 17 feb. 1998, rec. 327/ 1993 (Ley de las Baleares que declara una zona hasta entonces urbanizable, como de interés especial. Asunto *Es Trenc-Salobrar de Campos*).

la actividad legislativa frente al derecho a la reparación concluyendo que el artículo 90 de la Constitución²⁷, incluía la responsabilidad por el hecho del legislador.²⁸

La hipótesis más referida por la doctrina colombiana respecto de la posible responsabilidad del Estado frente a leyes acordes con la Constitución es la en que se aplica la doctrina francesa de la violación al principio de igualdad ante las cargas públicas, o teoría del daño especial según la imprecisa denominación del Consejo de Estado colombiano.

La primera aplicación de la misma fue la sentencia de 25 de agosto de 1.998 en la que se condenó a la Nación por la aprobación de tratados internacionales mediante la ley correspondiente²⁹, referente a los perjuicios ocasionados por la aplicación de la Ley 6ª de 1972, por medio de la cual se aprobaba la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas al consagrarse en ella la inmunidad jurisdiccional a favor de los agentes diplomáticos³⁰. Considera, además que la imposibilidad de demandar en que se encuentran los actores no les impide acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar al Estado colombiano y buscar que se restablezca el principio de la igualdad ante las cargas públicas, ya que “la garantía de acceder a la administración de justicia (...) no puede sufrir excepción”; el factor de imputación del daño al Estado no es otro que la titularidad exclusiva y excluyente que tiene éste para el manejo de las relaciones internacionales.

El Estado, al reconocer, en ejercicio legítimo de su facultad de organizar y regular las relaciones exteriores puede, sin duda adoptar determinados privilegios y beneficios que forman parte del Derecho Internacional a través de los respectivos tratados debidamente aprobados por la ley. Pero si tales privilegios colocan en situación de desventaja a los nacionales del país de manera que tal desventaja se refleje en un daño, el Estado debe asumir la responsabilidad por ese daño.

A la tesis general anterior, la sentencia de 27 de marzo de 2014³¹ le añade un nuevo ingrediente y es el hecho de que la ley puede también quebrantar la confianza legiti-

²⁷ Artículo 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

²⁸ C. Const., Sent C-038 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto: 1 de febrero de 2006)

²⁹ C.E. Sala Plena de lo C.A. Sent. 25 de agosto de 1998, Rad. IJ-001, actor: Vitelvina Rojas Robles, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁰ Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes: En el año de 1991 un ciudadano colombiano murió luego de ser arrollado por un vehículo conducido por un agente diplomático norteamericano, la familia de la víctima intentó infructuosamente obtener compensación por los perjuicios sufridos ante la Corte Suprema de Justicia, órgano judicial que rechazó la demanda impetrada contra el conductor del vehículo debido a la inmunidad de que gozan los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia en virtud de la Convención de Viena (aprobada por la Ley 6ª de 1972). Posteriormente acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y demandan al Congreso de la República -representado en el proceso por el Ministerio del Interior-, bajo el entendimiento que estas entidades debían responder por los perjuicios causados por el accidente debido a que la inmunidad del agente diplomático tenía origen en la Convención de Viena, la cual había sido negociada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y posteriormente aprobada por el Congreso de la República.

³¹ C.E. SCA, Secc. Tercera, Sentencia del 27 de marzo de 2014 (C.P: Danilo Rojas Betancourt, Exp: 27.364).

ma y por consiguiente hacer patrimonialmente responsable al Estado. De manera que la ley exequible puede no solo romper la igualdad ante las cargas públicas sino también defraudar la confianza legítima, supuestos bajo los cuales puede declararse la responsabilidad del Legislador. Esta sentencia no es más que un intento por traer al derecho nacional la jurisprudencia del caso *Es Trenc-Salobrar de Campos* en la decisión de 17 de febrero de 1998

Pero vale la pena comentar que el juzgador parece querer llevar las cosas, en su entusiasmo por el principio de protección de la confianza legítima, a darle a éste un carácter absolutamente subjetivo con olvido, no solo del papel del legislador en la definición de las políticas públicas sino en la exigencia de ponderación y de proporcionalidad entre los intereses generales de la sociedad y las expectativas de los ciudadanos, cuestión fundamental y axiológica en la definición y aplicación del mencionado principio³².

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LEYES INCONSTITUCIONALES

Declarada la inconstitucionalidad de una ley, es posible que por ese solo hecho se restablezca la igualdad perdida. Así, en una hipótesis como la que provocó el fallo La Fleurette ya comentado, la empresa hubiera podido continuar su actividad industrial. Al no existir esa posibilidad en 1938, la decisión no podía pronunciarse sobre la validez de la ley que lo prohibía.

El nuevo sistema de control constitucional en Francia

El caso de la oposición entre la ley y la Constitución se ha podido plantear en Francia luego de la consagración de la “*cuestión prioritaria de constitucionalidad*” (QPC)³³, ante el Consejo Constitucional. La admisión de una responsabilidad por el hecho de las leyes inconstitucionales es una de sus consecuencias lógicas.

La cuestión prioritaria de constitucionalidad se introdujo especialmente para poner a la Constitución en el centro del sistema jurídico. Antes, en Francia, solo era posible el examen de constitucionalidad sobre proyectos de ley, pero no sobre leyes ya expedidas,

³² En Alemania, lugar de origen del principio de confianza legítima, el Tribunal Constitucional Federal, cuidadoso de evitar los efectos perturbadores de la nulidad de las leyes a través del control de constitucionalidad ha desarrollado varias estrategias. Así, de acuerdo con el artículo 78 de la ley que lo reglamenta, cuando una ley es contraria a la Ley Fundamental la declara nula con efectos *ex tunc* es decir, desde el momento en que ella entra en conflicto con la Ley Fundamental. Pero en otros casos, el Tribunal se limita a declarar una ley *no conforme* con la Constitución por ejemplo, cuando la declaración de nulidad tendría graves consecuencias sobre la institucionalidad.

A veces el Tribunal declara la ley no-conforme con la Constitución y, al mismo tiempo, le recomienda al legislador que regule de nuevo la materia fijándole un plazo para ello, de acuerdo con determinados parámetros.

³³ La cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité* o QPC) es, en derecho francés, un procedimiento de control de constitucionalidad sobre leyes ya promulgadas o sea, control *a posteriori*. Esta cuestión permite, bajo ciertas condiciones, demandarle al Consejo Constitucional que verifique si una disposición legal no es inconstitucional en cuanto ella “atenta contra los derechos y libertades garantizados por la Constitución”.

La QPC fue introducida con motivo de la revisión constitucional de 23 de julio de 2008, que adicionó el artículo 61-1 de la Constitución y modificó el artículo 62 antes de entrar en vigor el 1 de marzo de 2010.

y ello, previo el cumplimiento de severos requisitos. En adelante, los derechos y las libertades que la Constitución garantiza no pueden quedar menos protegidos en términos de responsabilidad que por el derecho convencional.

El Tribunal administrativo de París se ha pronunciado sobre esta cuestión innovadora en 2017. El Tribunal ha precisado que la responsabilidad del Estado por el hecho de la ley puede quedar comprometida ante el juez administrativo para reparar los perjuicios que resultan de la aplicación de una disposición legislativa declarada contraria a la Constitución por una decisión del Consejo Constitucional bajo reserva de que esa decisión, no haya excluido la indemnización”.

La responsabilidad el hecho de las leyes declaradas inconstitucionales en el derecho español. El debate.

En este caso la mayoría de la doctrina no se opone, por lo menos al principio de que los tribunales puedan declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de una ley inconstitucional o por el hecho de una ley no convencional.

Sin embargo, en el derecho español se hace evidente la ausencia del debate sobre la presunta falta o culpa del legislador que ha surgido en otros Estados europeos cuando se trata de reparar los daños causados por leyes inválidas. Mientras que en Francia, la cuestión de saber si al legislador se le debe imputar una falta constituye hoy el principal punto de discusión y controversia tratándose de la jurisprudencia *Gardedieu*³⁴, esa clase de debates es totalmente inexistente en España. Ello se explica, al menos en parte, por la adopción del sistema de responsabilidad totalmente objetivo que existe en la Constitución española.

Las primeras sentencias sobre el tema de la responsabilidad por leyes inconstitucionales se produjeron en el año 2000, en relación con los perjuicios sufridos como resultado de una sobretasa creada por ley en 1980, por la que se gravaba unas máquinas tragamonedas.

Este es el caso en que se enfrentan las reservas de quienes alegan que el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, considera los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad *ex nunc*, es decir a partir de la decisión del mismo, y por lo tanto no puede haber responsabilidad por hechos ocurridos antes.

Sin embargo, de acuerdo con el Tribunal Supremo, el efecto del citado precepto es el contrario, pues resultaría violatorio, tanto del texto constitucional como del Derecho europeo, razón por la cual la inconstitucionalidad de la ley no puede ser óbice para reparar los perjuicios que causó mientras rigió.

La responsabilidad del Estado por la Ley inconstitucional en Colombia

La cuestión comporta la misma dificultad ya mencionada, en el sentido de si es factible exigirle al Estado la indemnización de los daños causados mientras la ley declarada inconstitucional rigió, teniendo en cuenta que, por lo general, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es prospectivo, salvo que la Corte disponga lo contrario³⁵.

³⁴ CE, Ass. 8 de febrero 2.007, *Gardedieu*, rec. CE, p. 78, Concl. Derepas L.

³⁵ El artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de justicia dice que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario. Ello significa que la ley inconstitucional no se declara

La Corte Constitucional, por su parte, considera que si bien la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador no es de su competencia, excepcionalmente, en algunas ocasiones, mediante la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias.

La falta de consenso frente a las leyes inconstitucionales. Una jurisprudencia contradictoria

La jurisprudencia colombiana frente al tema no ha sido uniforme creándose un suerte de inseguridad jurídica en relación con el tema.

La primera posición hace referencia a la ley respecto de la cual, la Corte Constitucional decide modificar los efectos del fallo, convirtiéndolos en *ex tunc* y no en *ex nunc* como es la regla general. El segundo caso es aquel en el que la Corte Constitucional profiere una sentencia de inexecutableidad cuyos efectos no modula, bien porque expresamente así lo decida, o porque no se pronuncia al respecto.

En el primer caso, obviamente, nada se opone a la responsabilidad, y así es pacíficamente aceptado. En el segundo evento, un sector de la jurisprudencia no reconoce la responsabilidad, entendiendo que como solo la Corte Constitucional puede darles efectos retroactivos a sus sentencias, el juez contencioso le usurpa funciones al declarar la responsabilidad por leyes inexecutableibles.

Además, argumenta que la norma goza de presunción de constitucionalidad hasta cuando sea expulsada del ordenamiento, de modo que los efectos generados mientras estuvo vigente son completamente válidos. También se sostiene que los congresistas gozan de inmunidad parlamentaria, por lo cual sus opiniones y votos no pueden utilizados para investigarlos, juzgarlos o condenarlos.

Pero otro sector de la jurisprudencia afirma la procedencia de la responsabilidad del Legislador, con el argumento de la norma ha sido siempre inconstitucional y por lo tanto ha generado daños antijurídicos desde su expedición, poniendo en evidencia la existencia de una falta de servicio, con independencia de las razones que lleven a la Corporación constitucional a declarar la inconstitucionalidad.

El Estado es responsable en los casos de leyes inexecutableibles.

Esta posición jurisprudencial queda ilustrada en relación con el caso de la ley 633 de 2000³⁶. En efecto, el 29 de diciembre de 2000, el Congreso de la República había expedido esa ley, cuyos artículos 56 y 57 dispusieron la creación y pago de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros (en adelante TESA).

En sentencia C-992 de 19 de septiembre de 2001, la Corte Constitucional declaró inexecutableibles los referidos artículos. La sentencia de la Corte sin embargo, no se pronunció sobre los efectos en el tiempo de su decisión, por lo que estos debían entenderse,

nula; en el derecho colombiano se dice que son “inexecutableibles” es decir, que no se pueden seguir ejecutando.

³⁶ Ley 633 de 2000. Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial. DO N° 44.275

según el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, hacia el futuro o *ex nunc*. A raíz de esa decisión, el Consejo de Estado se enfrentó a una serie de demandas de reparación directa, provenientes de diferentes actores para reclamar los presuntos daños antijurídicos causados por el pago del TESA. Ante esta situación, frente a situaciones idénticas, la jurisprudencia se dividió en el sentido ya mencionado en algunos casos se declaraba la responsabilidad del Congreso de la República, y en otros se consideraba improcedente dicha responsabilidad.

Dice el Consejo de Estado en la sentencia citada, sostiene que la superlegalidad de la Constitución Política, que es el fundamento del ordenamiento, impide que el afectado por una ley que nació a la vida jurídica viciada de inconstitucionalidad esté en la obligación de soportar los efectos negativos generados por tal norma. Un razonamiento en contrario pugna con la razón de ser de la jerarquía normativa.

IV. LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LA LEY EN EL DERECHO VENEZOLANO

He dejado deliberadamente para el final el caso venezolano, por las características muy particulares e interesantes que en su caso se presentan.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expedida en 1.999 consagró en su artículo 140:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración Pública.”

La referencia precisa de la Constitución a la Administración pública ha llevado a la doctrina venezolana a discutir si el texto de la Carta excluye la posibilidad una responsabilidad del legislador. Ahora bien, sin entrar a controvertir una cuestión cuya explicación compete a los expertos del país, si se considera la integralidad y coherencia interpretativa de la Constitución, teniendo en cuenta los valores y principios que ella misma establece dentro de los cuales está la sujeción del Estado al Derecho y a la Constitución, que implica no dañar ni lesionar a los particulares, y en caso contrario indemnizar los perjuicios, es incuestionable que dicha responsabilidad es procedente.

No obstante la ausencia de carácter normativo de la Exposición de Motivos de la Constitución, declarada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 93 de fecha 06 de febrero de 2001, puede argumentarse la validez de apoyo interpretativo al momento de sostener la existencia en el ordenamiento jurídico venezolano de la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa.

En relación con el alcance de la exposición de motivos el profesor Araujo-Juárez expresa:

“Del extracto leído se observa claramente, la amplitud e integralidad en la que formalmente ha quedado reconocida la garantía patrimonial del Estado, la cual no sólo recae sobre el ejercicio de la función pública por parte de la Administración Pública (hechos, actos y contratos administrativos, vías de hecho, retardos, abstenciones, etc), sino también sobre las demás funciones legislativas, judiciales, electorales, ciudadanas o cualquier otro tipo de función pública, pudiendo éstas ser ejercidas por perso-

nas públicas o privadas en ejercicio de las funciones públicas, bien sea mediando un funcionamiento normal (legal) o anormal (ilegal) de los órganos en ejercicio del Poder Público”.³⁷

En el mismo sentido, Carrillo Artilles expresa; “No queda duda en lo absoluto para nosotros, que el órgano legislativo no está exento de estar sometido a la Constitución, y sus actos y omisiones quedan bajo el imperio de la norma suprema. Cuando la Ley o su omisión vulnere la Constitución, el órgano legislativo –Federal, Estadual o Municipal– habrá conculcado su obligación de sometimiento y supeditación a la Supremacía Constitucional –artículo 7 de la Constitución–, lo que supone una conducta antijurídica y en consecuencia sujeta a indemnización en la medida que se genere daño patrimonial individual o grupal discriminatorio³⁸.”

Dado que el artículo 140 y demás normas constitucionales no expresan de manera clara la responsabilidad del Estado legislador, es conveniente tener presente la integridad y razonabilidad interpretativa de la Constitución, tomando en cuenta los valores y principios que ella misma establece, dentro de los cuales se encuentra la sujeción del Estado al Derecho y a la Constitución, que implica entre muchos aspectos el no dañar ni lesionar a los particulares, y en caso de hacerlo en el ejercicio de sus funciones, incluyendo la legislativa, deberá someterse al derecho e indemnizar patrimonialmente.

Del contenido de las normas de la Carta fundamental, entre ellas las referidas al principio de igualdad ante las cargas públicas consagrados en los artículos 1, 2, 19, 21, 133, 299, 311 y 316 se deduce que la República Bolivariana de Venezuela en un Estado responsable frente a los particulares por los daños que pueda ocasionar con su actividad, incluidos los causados por el Estado–Legislador.

De lo anterior se deduce que nada impide que en la República Bolivariana se pueda reclamar la indemnización de perjuicios sobre la base de un daño especial y anormal causado por una ley acorde con la Constitución.

En este sentido, sin embargo, se ha sostenido no existe responsabilidad del Estado por funcionamiento normal de la actividad legislativa como tal, lo que existe es una obligación de indemnizar por aquellas actividades de la Administración que supongan la privación de derechos o bienes de minorías con fines de utilidad pública o social, como un sistema compensatorio que permita mantener incólume el principio de igualdad ante las cargas públicas³⁹.

Por otra parte, establece el artículo 334 parágrafo segundo de la Constitución de 1999:

³⁷ Araujo-Juárez, J. *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*. Ediciones Paredes. Caracas 2009, p. 71

³⁸ Carrillo, C. “Reflexiones sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador y los Efectos Temporales de las Sentencias”. Artículo presentado en el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Margarita, Venezuela. (2012, marzo). p. 424

³⁹ Carlos Luis Carrillo Artilles & Mayra Menéndez Román. “Responsabilidad patrimonial derivada de las conductas del Estado Legislador”. *Ensayos de Derecho Administrativo Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Colección Libros Homenaje N° 13 Tribunal Supremo de Justicia Volumen I. Caracas Venezuela. 2004

“Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de Ley.”

“Una vez que ello sucede, la sentencia que declare la inconstitucionalidad deberá establecer los efectos en el tiempo de dicha declaratoria, es decir, “*ex nunc*” o “*ex tunc*”, como lo señala el primer aparte del artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. De manera que, si los efectos son hacia el futuro sería imposible reclamar daños y perjuicios al Estado; pero si la propia sentencia establece efectos hacia el pasado, sin lugar a dudas, podría haber lugar a tal reclamación, pudiendo el afectado intentar su acción de reclamación de daños al Estado una vez declarada la inconstitucionalidad de la Ley o de la omisión legislativa”⁴⁰.

La responsabilidad por omisión del legislador en la Constitución venezolana

Donde la Constitución venezolana está muy claramente a la vanguardia, es en el manejo que le otorga a la omisión del legislador.

El control de constitucionalidad de una norma suele dirigirse justamente a un contenido preciso. Por ello, la doctrina no suele ocuparse del fenómeno de la omisión legislativa y su impacto en la responsabilidad del Estado.

Ahora bien, definir qué se puede entender por omisión legislativa inconstitucional es una tarea difícil debido precisamente a esa escasa atención. Díaz Revorio define, en este contexto a la omisión, como “aquel silencio legislativo (o aquella regulación legislativa incompleta o parcial) que produce consecuencias no queridas por la Constitución, y por tanto puede considerarse que es objeto de una prohibición constitucional”⁴¹.

El análisis de esa presunta prohibición revela, sin embargo, la tensión constante entre la libertad de configuración del legislador y el control constitucional de las omisiones por la Corte, en la medida en que propicia un activismo judicial orientado a hacer efectiva la norma constitucional desconocida.

Por otro lado, la omisión legislativa no es necesariamente un hecho generador de responsabilidad, mientras no se refleje en la ocurrencia de un daño concreto y antijurídico.

El novedoso contenido del numeral 7 del artículo 336 de la Constitución venezolana⁴², determina la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para controlar la inconstitucionalidad de la inercia de los órganos legislativos por la declaración de inconstitucionalidad de las omisiones de los órganos legislativos en cua-

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Díaz Revorio, Francisco Javier. “El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas Relativas en el Derecho Comparado Europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21. N° 61, Enero-Abril 2.001, p. 82 Citado por Sarmiento Erazo, Juan Pablo, *La Falla del Servicio Legislativo, Hacia la construcción de un régimen especial de responsabilidad*. Tesis para optar al título de magister en derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007, p. 169.

⁴² “Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:
7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

lesquiera de sus niveles territoriales cuando hayan dejado de dictar normas o lo haya hecho en forma incompleta, para garantizar el cumplimiento de la Constitución, establecer el plazo y de ser necesario los lineamientos de su corrección.

Lo que no contempla el texto constitucional es la existencia de sanción por el funcionamiento legislativo anormal; sin embargo, es claro que si la omisión se traduce en un perjuicio a determinado grupo de personas, debe poderse acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para reclamar la correspondiente indemnización.

Actualmente se puede verificar que el control de las omisiones legislativas por el poder judicial han ido adquiriendo fuerza en el constitucionalismo latinoamericano. Hoy se puede encontrar ese mecanismo de control en varias Constituciones, en forma expresa o tácita. Así ocurre en la ecuatoriana (art. 436.10). En Paraguay, en México y en Argentina, el control de las omisiones constitucionales surge de una interpretación sistemática de sus constituciones.

En Brasil, la Constitución de 1988 creó dos instrumentos para tal fin: la acción de inconstitucionalidad por omisión y el mandato de inyunción (*mandado de injunção*)⁴³. En lo que se refiere a la primera, el Tribunal Supremo Federal (TSF) sostiene que su objeto se da cuando, declarada la omisión inconstitucional, se le notifica al Parlamento, sin que ello, implique sanción alguna⁴⁴. En cuanto al Mandato de *Inyunción*, puede llenar la laguna en el caso de referirse a derechos fundamentales.

Sea que esas constituciones contengan previsiones expresas o que estas surjan de interpretaciones sistemáticas, es claro que el control de las omisiones inconstitucionales legislativas está presente en gran parte de los países del continente. Por otra parte, el tema del derecho a indemnización por esa omisión solo se prevé expresamente en la Constitución de la provincia argentina de Río Negro⁴⁵.

V. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

El poder judicial, en el ejercicio de sus funciones, puede llevar a cabo actuaciones que supongan una infracción del Derecho, lesiva para los derechos subjetivos de los particulares y, por ello, resulta lógico afirmar que, al margen de cualquier consideración o limitación interna, el Estado debe responder del perjuicio que se cause.

Sin embargo, el ejercicio de la propia función jurisdiccional, su independencia y el principio de autoridad hacen necesario dar un tratamiento especial a la responsabilidad patrimonial que pueda causar y, por ello, resulta lógico que los legisladores restrinjan el nacimiento de esa responsabilidad.

⁴³ Se trata de una orden de cumplimiento.

⁴⁴ Por todas, cf. ADI 1458 MC, Relator (a) Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, Fallo de 23, mayo, 1.996, DJ 20-09-1996 PP-34531

⁴⁵ Artículo 207. El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: (...) d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida –exenta de cargos fiscales– por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo, y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

Así, la Constitución española, que establece el principio general de responsabilidad en el artículo 106.2⁴⁶, dedica una norma especial, el artículo 121 a este tema, excluyéndolo del régimen general de responsabilidad presuntamente objetivo⁴⁷.

En el derecho latinoamericano, al igual que en varios sistemas europeos como los de Alemania, Francia, Italia y España, el régimen de la responsabilidad estatal directa es más o menos reciente, y su desarrollo ha sido lento y difícil. Se le ha imputado al Estado la responsabilidad bien por el “*indebido o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia*”, que, en realidad se rige por los principios generales de la responsabilidad de la Administración, o bien por los actos jurisdiccionales. Así, siempre se negó la existencia de responsabilidad estatal por el ejercicio funcional de los jueces, bajo la consideración de que esa orientación atentaba, de una parte, contra el principio de la cosa juzgada y contra la seguridad jurídica y, al propio tiempo, conspiraba contra el principio de independencia del juez.

En la República Bolivariana de Venezuela, el numeral 8 del artículo 49 y en el artículo 255 de la Constitución consagran la responsabilidad objetiva y directa del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia:

Artículo 49.- *El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:*

(...)8. *Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.*

A su vez, el artículo 255.3 dice que “*Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones*”.

En Colombia, con el trasegar de la jurisprudencia, se comenzó a hacer diferencia entre la administración de Justicia como función administrativa, de la cual se podía derivar la responsabilidad institucional del Estado por falla de servicio, y el error jurisdiccional, que sólo podía generar responsabilidad personal del Juez. Así, se, obligaba a los particulares a demostrar directamente la responsabilidad derivada de los errores de los jueces. Esta situación cambiaría posteriormente.

En Francia el artículo L.781-1 COJ.⁴⁸ dispone hoy que el Estado “*está obligado a reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia. Esta responsabilidad no se compromete sino por una falta grave o una denega-*

⁴⁶ Art. 106.2, C.E. “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”.

⁴⁷ Art. 121 C.E. “*Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*”.

⁴⁸ Código de la organización Judicial de Francia.

ción de justicia". El texto concilia dos objetivos antagónicos: asegurar la reparación de daños ligados a los disfuncionamientos graves del servicio de la justicia y mantener el prestigio de la justicia necesario para la seguridad jurídica y para la paz social. A su vez, la responsabilidad derivada de la jurisdicción administrativa fue reconocida en 1.978, a partir del fallo Darmont, aunque con los mismos límites del artículo citado y los derivados del carácter de cosa juzgada de los pronunciamientos definitivos⁴⁹.

Como una muestra de las dudas que el asunto suscita, un eminente magistrado belga se ha planteado si es conveniente un régimen de responsabilidad del Estado por las faltas de los jueces y magistrados. Él considera, con un cierto extremismo, que el error del juez constituye un riesgo inherente al ejercicio de la justicia en un Estado democrático⁵⁰.

Los supuestos de la responsabilidad del estado juez

La responsabilidad del Estado Juez tiene diversos fundamentos. Pero como ya quedó dicho, se suele hacer una clara distinción entre la actividad propiamente jurisdiccional y el funcionamiento de la administración de justicia; así el artículo 121 de la Carta española se refiere por un lado a los daños causados por error judicial, y por el otro, los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no hace distinción expresa entre error judicial y funcionamiento anormal, sino que se refiere directamente a la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración pública y de los servicios públicos, de la Justicia en este caso, mencionando el error judicial, el retardo judicial y a las omisiones injustificadas, hechos propios de funcionamiento anormal.

En Colombia, la cláusula general de responsabilidad del artículo 90 fue desarrollada, para los eventos en los que el daño se deriva de la administración de justicia en la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia" (LEAJ).

Allí, en el artículo 65 se contemplan, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error jurisdiccional y, de manera expresa, la privación injusta de la libertad. Adicionalmente, de conformidad con los artículos 66, 67 y 70 el error judicial se configura con las providencias contrarias al ordenamiento jurídico, siempre que: (1) el afectado hubiese interpuesto los recursos ordinarios de ley y (2) que la decisión se encuentre en firme.

A su vez, el juez de lo contencioso administrativo no es ni puede ser una instancia adicional a las tramitadas dentro del proceso original, pues el juicio al que conduce el ejercicio de la acción de reparación directa tiene como presupuesto la intangibilidad de la cosa juzgada del que gozan las providencias judiciales a las cuales se les endilga un daño antijurídico.

Examinaremos entonces las distintas hipótesis de responsabilidad del Estado Juez.

⁴⁹ Chapus, René, *Droit administratif général*, t. I, i, 15°. ed. Montchrestien, Paris, 2.001, p. 1.327 ss.

⁵⁰ Verougstraete, I. R.D.C., 2013 pp. 1121 y s. *Cit.* por Mougnot Dominique, "La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des juges, vue de l'interieur" en Renders, David (Coord.) *La Responsabilité des Pouvoirs Publics*, XXII journées d'Études juridiques Jean Dabin, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 309.

El mal funcionamiento de la administración de justicia

En el desarrollo de los procesos se pueden producir daños provenientes de actos u omisiones que, si bien ocurren en el curso del ejercicio de la función jurisdiccional, no tienen esa específica naturaleza o calificación jurídica; es decir, son daños que se producen con ocasión de la prestación del servicio público de administración de justicia, y constituyen actuaciones estrechamente relacionadas con la actividad administrativa propiamente dicha y no participan propiamente de la entidad de las decisiones jurisdiccionales.

Se trata por lo tanto, en este caso, de las actuaciones tanto de los jueces como de los demás funcionarios del aparato de justicia y, aún de sus auxiliares, que no tienen el alcance de hacer tránsito a cosa juzgada pero que son inherentes y necesarias para la debida prestación del servicio, esto es, para el juzgamiento o la ejecución de las decisiones judiciales, como por ejemplo, los actos del personal administrativo, de los peritos, secuestres, partidores, curadores, etc. En el derecho español es constante en la doctrina la referencia a las “dilaciones indebidas” en la tramitación y resolución de procesos judiciales. Al efecto, se estima que el retraso excesivo en la administración de justicia puede dar lugar a una indemnización siempre que se traduzca en daños para quien la sufre.

Naturalmente, en la apreciación de este mal funcionamiento debe tenerse en cuenta la congestión de los tribunales y juzgados, especialmente crítica en países de alta litigiosidad, aparte de las complejidades del proceso y la conducta de las partes. No obstante, la importancia de la cuestión es tan notable que ella se contempla en la Declaración de los Derechos Humanos y en los Tratados y Acuerdos Internacionales. Así, lo sostiene el Tribunal europeo de DD.HH. al aplicar la disposición del artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, según la que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial. En la sentencia de 13 de julio de 1983, caso *Zimmermann y Steiner*, dicho tribunal, reiterando una doctrina ya consagrada, señala como criterios a tener en cuenta la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se sigue para aquellos⁵¹.

Por lo demás, el régimen al que debe someterse el estudio del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es el de la responsabilidad por culpa, ya que cuando la administración de justicia no funciona conforme a los parámetros establecidos y esperados se traduce en una falta de servicio. De este modo, habrá lugar a la reparación siempre que se acompañe, como es usual, del daño antijurídico y el nexo causal entre este y el funcionamiento defectuoso.

El Error judicial como fuente de responsabilidad estatal

Un aspecto en el que son contestes prácticamente todos los sistemas jurídicos es que el error del juez que se constituye en una causal de imputación de responsabilidad estatal debe ser un error calificado y no cualquier clase de equivocación más o menos venial.

⁵¹ STS. Marzo 14 de marzo, 36/1984.

Por ejemplo, para Jean Rivero, “el fundamento se encuentra en la falta grave del Juez. Así, la responsabilidad por falta de servicio judicial no existe sino en caso de falta grave o de denegación de justicia⁵².”

La Corte Constitucional colombiana, por su parte, considera que la posible comisión de una falla por parte del administrador de justicia que conlleve la responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de que al juez, por mandato de la Carta Política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y, asimismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico. Dentro de este orden de ideas, es necesario que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de la autonomía funcional del juez. Por ello, el error no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas –según los criterios que establezca la ley–, y no de conformidad con su propio arbitrio.

Por su parte, el artículo 67 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia colombiana dispone que para la procedencia de la reparación derivada del error jurisdiccional, es preciso que: (i) el afectado hubiere interpuesto los recursos de ley y (ii) que la providencia contentiva de error esté en firme. Los “recursos de ley” deben entenderse como los recursos ordinarios de impugnación de providencias, que no requieren de la presentación de una demanda adicional⁵³.

El error judicial puede ser cometido no sólo por los jueces sino también por los magistrados de las Altas Cortes, pues éstos últimos ostentan tal calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En este sentido, la posición inicial de la Corte colombiana era excluir esta hipótesis. No obstante, el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial y el artículo 63 ordena la reparación de las consecuencias, de una medida o situación que haya configurado una vulneración de un derecho y al pago de una indemnización justa a la parte lesionada.

Estos mandatos internacionales no restringen la autoridad de la que proviene la decisión que causa el daño, es decir, incluyen las decisiones arbitrarias de todos los órganos judiciales, sobre las cuales, se impone al derecho doméstico analizar la existencia de un error judicial.

⁵² Rivero, Jean. *Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Derecho Público. Caracas, 1984, p. 328.

⁵³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Rad. 13164 [fundamento jurídico 3].

De ahí que, el juez de la responsabilidad del Estado –como juez de convencionalidad–, ante una evidente contradicción entre el orden jurídico interno y las disposiciones de derecho internacional debe aplicar estas últimas.

El caso de la detención injusta

En realidad, este es un tema que suele incluirse en el concepto de error jurisdiccional, aunque en realidad participa de los elementos de las otras hipótesis. Ante todo es necesario establecer algunas precisiones. Uno es el caso de la detención como medida preventiva y cautelar en el proceso penal, cuando se demuestra que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituye conducta tipificada. Por otra parte, puede presentarse el caso de que el detenido sea dejado en libertad por falta de pruebas, en aplicación del principio *in dubio pro reo*. Un situación muy diferente es del condenado en prisión que recobra su libertad como resultado de la revisión del proceso⁵⁴.

Con frecuencia necesaria para el buen desarrollo de la información previa y para la manifestación de la verdad, la detención preventiva implica un grave perjuicio para la persona detenida, que sufre las repercusiones sobre su vida profesional y familiar e incurrir en la reprobación de la opinión pública para quien esa detención supone casi siempre la culpabilidad⁵⁵.

Por ello la responsabilidad que se genera por la detención injusta, es un tema que desde hace tiempo ha preocupado a las legislaciones. Así, ya en la Ley de 8 de junio de 1895 el Estado francés disponía la indemnización en el caso de que una persona condenada resultara inocente como resultado de un proceso de revisión, y en 1970, mediante la ley de 17 de julio, se amplió esa posibilidad de indemnización a los perjuicios causados por una detención preventiva injustificada; aunque en este caso particular, la ley exigía que el perjuicio fuera “*manifiestamente anormal y de una especial gravedad*”; esos requisitos fueron suprimidos por la ley de 30 de septiembre de 1996. Por su parte, las leyes de 15 de junio y 30 de diciembre de 2000 precisan que la reparación de las víctimas debe cubrir tanto el perjuicio material como el moral⁵⁶.

En España la privación injusta está regulada en la Ley Orgánica de Poder Judicial (LOPJ) artículo 294. La privación injusta como causa de responsabilidad solo se circunscribe a los eventos en que la sentencia absolutoria se cimienta en la inexistencia del hecho considerado como delictivo, o en la no participación del particular en el hecho acusado; solo bajo estas hipótesis puede hablarse de responsabilidad Estatal por privación injusta, a partir del artículo 294 de la LOPJ⁵⁷.

⁵⁴ En los artículos 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se determina respectivamente que “*Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.*” Y “*Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*”

⁵⁵ Dumont Jean, *Contrôle policiaire et détention provis ire*. J-CI Proc. Pénale art. 137 a 150 N° 20.

⁵⁶ Rodríguez, R. Libardo, *Derecho Administrativo general y Colombiano*, 19ª Ed. Ed. Temis, Bogotá, 2015, p. 675.

⁵⁷ Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pero en el caso en que la absolución del sindicado tenga fundamento en la falta de pruebas, o lo que es lo mismo la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que no es un evento bajo el cual pueda hablarse de privación injusta con base en el artículo 294 LOPJ.⁵⁸

De esta forma lo explica TOLIVAR ALAS con base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español:

*“Esta diferencia entre inexistencia y absolución por falta de pruebas, entiende el Tribunal que es conforme al principio de igualdad ya que es esencialmente diferente probar la inocencia del acusado y, por consiguiente, que la prisión preventiva fue acordada con error judicial que absolver porque ‘la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente’.”*⁵⁹

En Colombia, tras múltiples vacilaciones entre las distintas formas de responsabilidad, el Consejo de Estado considera hoy que en los casos en que una persona es detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recupera la libertad, bien porque resulta absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surge un daño que esa persona no está en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado es patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial⁶⁰.

Ello, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación⁶¹.

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descarta la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos en los cuales resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado en el término legal⁶².

⁵⁸ *Manual de Responsabilidad Pública*, Abogacía general del Estado, Dirección del servicio jurídico del Estado. Madrid, 2004, p. 52.

⁵⁹ Tolivar Alas, Leopoldo. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, t. I., Editorial Tirant Lo Blanch., Valencia, 2009, p. 534.

⁶⁰ En un sentido similar, el fallo *Tendam* (2010) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos CEDH. El problema se planteó cuando el señor Tendam pasó casi cuatro meses en prisión preventiva, por lo que reclamó ante el Tribunal Supremo español una indemnización que le fue denegada con el argumento de que la absolución había sido obtenida por falta de pruebas y no en la inexistencia objetiva o subjetiva del ilícito. El razonamiento del TEDH se fundó en que la denegación de la indemnización en el proceso de responsabilidad patrimonial del Estado implicaba desconocer una presunción de inocencia que había sido confirmada precisamente por la sentencia absolutoria original.

⁶¹ CE, Sala Plena Sec. 3ª. 6 de abril de 2011, expediente N° 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶² CE 27 de septiembre de 2018, exp. 52404.

Cabe observarse, finalmente, que, si bien se ha entendido que, en principio, la acción de amparo constitucional, llamada de Tutela en el derecho colombiano, no procede contra providencias judiciales, también se ha sostenido que, excepcionalmente, su ejercicio es viable como mecanismo subsidiario y preferente de defensa cuando la actuación judicial incurra en una irregularidad que implique violación del debido proceso y provoque la vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

41. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Luis A. ORTIZ ALVAREZ*

Resumen: La responsabilidad de los funcionarios públicos es un principio fundamental del derecho público. Debe existir un equilibrio entre la responsabilidad Estado y la responsabilidad de los funcionarios. Los funcionarios públicos pueden ser responsables individualmente cuando cometan “faltas personales”, esto es, faltas que en principio son “separables” del servicio. La presencia de una falta personal de un funcionario, sin embargo, no excluye la responsabilidad patrimonial del Estado. La regla es que el Estado debe responder por las faltas de sus funcionarios pues éstas normalmente encuentran “conexión” con el servicio, lo cual se verifica por medio de los distintos “lazos funcionales” (teleológico, circunstancial e instrumental). Luego de determinada la ecuación separabilidad-conexidad, es sólo cuando puede pasarse a determinar las consecuencias procesales y la repartición final de la responsabilidad.

Palabras claves: Responsabilidad – Individual – Funcionarios – Falta Personal.

Abstract: The liability of public officials is a fundamental principle of public law. There must be a balance between the direct liability of the State and the individual liability of public officials. Public officials may be individually liable when they commit “personal faults”, that is, faults or wrongdoings that are in principle “separable” from the service. The presence of a personal fault of an official, however, does not exclude the patrimonial liability of the State. The rule is that the State must answer for the faults of its officials, since these normally find a “connection” with the service, which is verified through the different “functional elements” (teleological, circumstantial, and instrumental). After determining the separability-connectedness equation, it is only when the procedural consequences and the final distribution of responsibility can be determined.

Key words: Liability – Individual – Public officials – Personal faults.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado y de sus funcionarios es, y debe ser siempre, un *principio fundamental* del derecho público de toda nación. Tal principio es esencial en todo Estado de Derecho y en toda sociedad que sea –o que pretenda algún día llegar a ser– civilizada, moderna y democrática.

* Florida International University College of Law, J.D. *cum laude*. Panthéon-Assas University, Paris II, Masters in Public Economic Law, Administrative Law, and Political Sciences. Professor of Law, Universidad Católica Andrés Bello and Universidad Central de Venezuela. Partner and Head of the Public Law and International Arbitration Practice at InterJuris (Miami, Florida). Correo electrónico: professorortiz.alvarez@gmail.com

La reconstrucción del Estado venezolano, por ejemplo, depende en gran medida de la existencia, no solo teórica, sino fundamentalmente práctica, de un completo, efectivo y coherente sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, a la par de un sistema de responsabilidad patrimonial o civil de sus funcionarios públicos.

La clave está en establecer, también a título de principio general, un *balance o equilibrio* entre la responsabilidad directa del Estado y la responsabilidad individual de los funcionarios. Como es sabido, *la responsabilidad del Estado, como ente o ficción jurídica, es una responsabilidad directa y plena*, no subsidiaria ni complementaria, de forma que los particulares afectados pueden ejercer directamente acciones patrimoniales contra los entes públicos por los daños y perjuicios que sean imputables al funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos o a las actividades estatales en todas sus formas y vertientes, todo ello sin necesidad (y en ocasiones sin posibilidad jurídica) de demandar a los funcionarios a título personal.

Ahora bien, lo anterior no necesariamente significa que los funcionarios públicos sean siempre irresponsables. *Los funcionarios, a título personal, también pueden ser patrimonialmente responsables* en muchos casos, lo cual puede tener lugar *cuando incurran en faltas personales* cometidas tanto en el ejercicio de su función pública como al margen de la misma, concepto o noción de “falta personal” del funcionario más restringido y excepcional que el de “falta de servicio o funcionamiento anormal” (del Estado), aun cuando se trata de conceptos interrelacionados sometidos tanto a interacciones de separación como a relaciones de conexión y superposición.

Dentro de un sistema coherente y equilibrado de responsabilidad del Estado y de los funcionarios, las víctimas deben estar protegidos en su garantía e integridad patrimonial de la forma más amplia y segura posible. Por una parte, cuando los particulares sufren daños por una actuación ilícita, negligente o anormal de los servicios públicos o de las actividades estatales, puede entrar en juego la noción de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del Estado. Por otra parte, también es posible que, en lugar de optar por la responsabilidad del ente público (lo que suele ser la regla natural), los particulares opten por demandar la responsabilidad civil del funcionario personalmente. Los funcionarios, pues, también pueden ser patrimonialmente responsables por sus faltas personales cometidas en el ejercicio (esto es, durante, en ocasión y aun fuera del servicio, pero no desprovistas de conexión) de su función pública. Y esto es un principio general, no solamente común a todos los sistemas democráticos, sino también común, compatible –y necesario– en los sistemas de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Se trata, además, de un principio eucrático y sano para el buen funcionamiento de la Administración, pues positivos son los resultados que se obtienen cuando se encuentra un *equilibrio entre la idea de liberar de responsabilidad a los funcionarios* (lo cual puede estimular sus excesos y negligencias) y *la idea de dejar caer todo el peso de la responsabilidad sobre los mismos* (la cual podría provocar parálisis o inactividad de los mismos). De allí que el balance se obtiene con la instauración de un sistema en el cual los particulares tengan como regla la posibilidad de exigir la indemnización directamente del Estado cuyo patrimonio normalmente es solvente aun en presencia de faltas personales de los funcionarios, ello sin perjuicio, a título opcional, de que, en algunos casos, los funcionarios puedan ser demandados directamente y en algunos casos al menos comprometidos por vía de acciones de regreso.

II. BASES CONSTITUCIONALES

En el caso de Venezuela, la Constitución de 1999, con particular intensidad, estableció las bases para un sistema moderno y equilibrado de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios públicos. Haciendo abstracción de la inestabilidad judicial y de la consecuente notoria relatividad que tiene la validez de la Constitución en Venezuela en la actualidad, lo cierto es que el texto vigente de la Constitución de 1999, superando quizás a todas las Constituciones pasadas, contiene las bases adecuadas para el desarrollo de un amplio sistema resarcitorio a favor de los particulares para la reparación integral de los daños y perjuicios imputables al Estado y a sus funcionarios.

En lo que respecta a la *responsabilidad patrimonial del Estado*¹ como ente jurídico, la misma se encuentra amplia y categóricamente consagrada en los artículos 26, 30, 49, 140 y 259 de la Constitución de 1999, siendo de destacar el contenido del artículo 140:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.

Desde esta perspectiva constitucional, las personas naturales o jurídicas tienen un derecho fundamental a demandar al Estado y a obtener la reparación integral de todos los daños y perjuicios que sufran en sus bienes o derechos, sea que el daño es producto de un hecho ilícito, falta de servicio o funcionamiento anormal (*responsabilidad por funcionamiento anormal o por falta de servicio*) o, incluso, sea que el daño provenga de una actuación lícita o normal del Estado, pero que en el plano de sus efectos genere un riesgo o un sacrificio grave y desigual (*responsabilidad por sacrificio particular o sin falta*). Se trata, por tanto, de un sistema amplio y mixto/objetivo de responsabilidad del Estado. Esta forma de enfocar o entender el sistema de responsabilidad ha sido aceptada no sólo en el Derecho comparado, como es el caso de España, Francia y Colombia, sino también –al menos en teoría– en Venezuela.

El Estado, en suma, responde directamente y los daños se atribuyen, a través de una ficción legal, a la organización o sistema, concretamente al ente público a cuyas misiones se relaciona la falta o el sacrificio particular. Esto no quiere decir, por supuesto, que los funcionarios no sean responsables en ningún caso, pues cuando a la par de la determinación de una “*falta de servicio*” del Estado como ente jurídico, pueda efectivamente detectarse, conectarse e identificarse una falta personal, los funcionarios podrán quedar comprometidos patrimonialmente sea frente a las víctimas si éstas optan por demandarlos judicialmente, sea frente al Estado por vía de las acciones de regreso.

¹ Sobre el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado, su funcionalidad y su articulación técnica ya hemos dedicado otros estudios más detallados, a cuyos análisis y reflexiones remitimos, *Vid.* Luis A. Ortiz-Álvarez, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995. Para una actualización constitucional del tema, *vid.* Luis A. Ortiz-Álvarez, “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios en la Constitución de Venezuela de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1, Caracas, 1999-2000.

En relación a la *responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos*², la Constitución de 1999, de manera similar a la anterior, también contiene diversas normas de interés, tales como los artículos 7, 25, 46, 49, 139, 141, 199, 200, 216, 222, 232, 244, 255, 281 y 285, de los cuales cabe destacar los siguientes:

“*Artículo 25.* Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrirán en *responsabilidad penal, civil y administrativa*, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

“*Artículo 139.* El ejercicio del Poder Público acarrea *responsabilidad individual* por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”.

“*Artículo 141.* La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y *responsabilidad en el ejercicio de la función pública*, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Como puede verse, paralelamente a la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, la Constitución también ha previsto la responsabilidad individual de los funcionarios, de modo que los funcionarios a título personal también pueden ser patrimonialmente responsables cuando incurran en las llamadas “*faltas personales*”. La cuestión clave está (i) en determinar cuando hay falta personal o, lo que es lo mismo, en saber cuándo la falta de un funcionario es o no es “separable” del servicio; (ii) en saber, además, cuándo una falta personal, aun siendo separable, no está totalmente desligada o desprovista de todo nexo o lazo con el servicio; y (iii) en conocer cuáles son las consecuencias contencioso administrativas de tales distinciones y relaciones.

III. EL CORRECTO ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

El correcto entendimiento del tema de la responsabilidad individual de los funcionarios y de la noción de falta personal, en el cual la doctrina francesa es de gran utilidad, radica, en un primer plano, en la determinación de la “*separabilidad*” de la falta del funcionario con el ejercicio de sus funciones, lo cual permite detectar la existencia de una falta personal del funcionario por la cual el agente podrá ser responsable.

En un segundo plano, complementario del anterior, debe estudiarse el nivel de “*conexión*” de la falta personal del funcionario con el funcionamiento del servicio o con una simultánea o paralela falta del servicio, lo cual permite saber si la Administración puede responder directamente frente a la víctima. Ambos análisis son necesarios y pueden realizarse al amparo de la verificación de los llamados “*lazos funcionales*”, principalmente los lazos teleológico, circunstancial y instrumental.

Una vez determinada la ausencia o presencia de una falta personal separable, así como los *grados de conexión*, se pasa a estudiar las consecuencias procesales, lo cual

² Sobre el tema de la responsabilidad individual de los funcionarios públicos, también remitimos a nuestro estudio previo más detallado, *vid.* Ortiz-Álvarez, Luis A. *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos*, Ed. Sherwood, Caracas, 2002.

puede llevar a concluir, según los casos, que sólo la Administración debe responder o que, además de ésta, también los funcionarios pueden ser responsables, o, supuesto muy excepcional, que sólo los funcionarios pueden ser demandados.

Estando superada desde hace mucho la tesis inicial y retrógrada de las faltas personales con sus efectos excluyentes (manifestada en la sentencia *Pelletier* del Consejo de Estado francés 1873), y estando sustituida dicha tesis por las relativas al cúmulo de faltas (CE, 3-2-1911, *Anguet*), al cúmulo de responsabilidades (CE, 26-7-1918, *Lemonnier*) y, finalmente, a la tesis de las faltas no desprovistas de todo nexo con el servicio (CE, 18-11-1949, *Mimeur, Defaux et Besthelsemer*)³, hoy día es claro que la noción de falta personal no es sinónimo de exclusión de responsabilidad del Estado, pues en realidad –y así debe ser– tal falta personal puede también comprometer la responsabilidad del servicio cuando dicha falta personal del agente concurra o se vea superpuesta o doblada por una falta de servicio y aun cuando la misma, habiendo sido cometida fuera del servicio, no esté totalmente desligada del mismo.

En suma, *la presencia de una falta personal de un funcionario no excluye la responsabilidad patrimonial del Estado*, por el contrario, la regla es que el Estado siempre puede ser demandado y debe responder por las faltas de sus funcionarios, visto que éstas normalmente encuentran conexión con el servicio o actividad estatal, siendo la excepción la presencia de faltas personales totalmente desconectadas del servicio que sí ameriten una responsabilidad exclusiva del funcionario.

Modernamente, y este es un enfoque compatible con el marco constitucional venezolano, debe entenderse –como sucede en los mejores sistemas de derecho comparado– que la falta o funcionamiento anormal del servicio (responsabilidad del Estado) tiende a absorber, a doblar o a juntarse con las posibles faltas personales de los funcionarios, pudiendo la víctima atacar directamente al servicio, lo cual no es sino el reflejo de la justa idea de proteger al máximo a los ciudadanos y de garantizar su integridad patrimonial –pues en ocasiones el funcionario medio no tiene capacidad patrimonial para responder por los daños y perjuicios–, todo ello sin perjuicio de que en ciertos casos el funcionario pueda, y deba, responder individualmente, sea directamente ante la víctima o indirectamente ante la Administración Pública.

IV. SENTIDO SUSTANTIVO DE LA NOCIÓN DE FALTA PERSONAL DE LOS FUNCIONARIOS Y SU INTERACCIÓN CON LA NOCIÓN DE FALTA DE SERVICIO

1. *La noción de “falta personal” de los funcionarios y su interacción con la “falta de servicio”*

La noción de falta de servicio o funcionamiento anormal (*faute de service*) de la Administración Pública es distinta de la noción de falta personal (*faute personnelle*) del funcionario, aunque pueda haber interrelación e interacción entre ellas.

Si bien la noción de falta o “funcionamiento anormal” es un concepto jurídico objetivo, el cual alude a una ficción legal que pone en movimiento la responsabilidad directa del Estado, debe señalarse que la operatividad de la misma no es excluyente de la

³ *Rec.*, p. 492, *RDPF*, 1950, p. 183, *GAJA*, N° 75.

noción de faltas personales de los funcionarios, las cuales, de hecho, suelen ser la causa real de muchas faltas de servicio, de manera que, frente a las víctimas, lo relevante es que objetivamente puede seguir hablándose de una “falta del servicio”, con la consecuencia procesal de poder demandar al Estado como ente jurídico. La expresión “falta de servicio” o “funcionamiento anormal” en cierta medida es una expresión metafórica, en el sentido que son los agentes del servicio público los que en realidad pueden cometer una falta, hecho que, vista la conexidad, se desdobra a los efectos legales en una falta del servicio público.

En rigor, “como la Administración no tiene existencia física, sus faltas son siempre faltas de individuos y no es sino a través de una operación jurídica como éstas se imputan a la Administración. En relación al pretendido carácter anónimo de la falta de servicio, éste no es necesario. Hay faltas de servicio de las cuales se conocen los autores, y hay otras en las que éstos son desconocidos. Lo que es cierto, en caso de falta de servicio, es que la víctima puede perseguir a la Administración sin tener que designar nominativamente al funcionario que ha cometido la falta cuya personalidad es sin interés mientras él no es accionado personalmente”⁴.

Así las cosas, se ve como el carácter anónimo que suele atribuírsele a la falta de servicio se hace simplemente –lo que es correcto– para indicar que la responsabilidad de la Administración es una responsabilidad “directa” y que, frente a la víctima, poco importa identificar al ser humano actor de la falta, autor que probablemente hubiera podido ser identificado o que quizás no. Ciertamente, sea porque se trata de casos de “anonimato forzado” (M. Paillet), esto es, porque (i) haya una imposibilidad real de identificar al autor humano de la falta de servicio, lo que puede aparecer en diversas hipótesis (autor individual desconocido, multiplicidad de autores humanos, defectuosidad de un material utilizado por el servicio público falta de organización del servicio, abstención o carencia colectiva, etc.), o (ii) porque se trata de casos de “anonimato ficción o por inutilidad”, esto es, de casos donde, pudiendo determinarse el autor humano de la falta, tal determinación es innecesaria o inútil. En ambos casos el resultado frente a la víctima es el mismo, pues dejando a un lado la personalidad del autor de la falta el juez va a dirigir su examen sobre el funcionamiento anormal “administrativo” al que dicha falta humana corresponde.

Todo se pasa “como si” fuese la Administración la que hubiese cometido la falta ella misma. Razón tiene M. Paillet cuando afirma que “el carácter anónimo de la falta de servicio –firmada o cuyo autor es desconocido– provoca así en contrapartida su carácter directo.... (de allí que la jurisprudencia) razone como si la República, un Estado, un Municipio... que responden de los comportamientos dañosos fueran ellos mismos los autores de la falta invocada por la víctima”⁵. Evidentemente se trata de una ficción resultante del mecanismo de imputación directa retenido: la falta de servicio público así organizada desde este punto de vista como una responsabilidad personal –y no por hecho de otro– (...) Si es inútil buscar el autor humano de la falta de servicio, ello es

⁴ Vedel y Delvolvé, *Droit administratif*, París, 1990, t. I, p. 576.

⁵ E.g., CE, 26-3-1990, *Cne de Villeneuve Le Roi, Rec.*, p. 78 “falta cometida por la República”; CE, sect., 27-7-1990, *cts Bridet, Cattelin, Patricio, Rec.*, p. 230 “en ausencia de toda falta de la colectividad pública”.

porque esta falta es apreciada exclusivamente desde el punto de vista del servicio y a la vista de las obligaciones que incumben a la persona –al ente– que lo organiza y lo hace funcionar”⁶.

Las afirmaciones anteriores muestran una visión correcta y consistente del problema, visión que, sin duda, es sostenible en Venezuela, donde no sólo el bloque normativo en la materia así lo postula, sino que también la jurisprudencia se enmarca en esta perspectiva. En definitiva, como dice el profesor Moreau, todo sucede “como si, en un proceso de responsabilidad administrativa, la víctima ignorando al autor de la falta debiera solamente probar los elementos objetivos y constatables de un funcionamiento defectuoso de tal o tal rueda de la máquina administrativa”⁷.

El Estado, en suma, responde directamente y las faltas se atribuyen, a través de una “ficción”, a la “organización” al “sistema”, concretamente al ente público a cuyas misiones se relaciona la falta. Esto no quiere decir, por supuesto, que los funcionarios sean siempre irresponsables, pues cuando, a la par de la determinación de una “falta de servicio” en los términos antes expuestos, pueda efectivamente detectarse, conectarse e identificarse una “falta personal”, los funcionarios podrán quedar comprometidos patrimonialmente sea frente a las víctimas si éstas optan por demandarlos judicialmente, sea frente al Estado por vía de las acciones de regreso, de allí que también tenga interés estudiar las bases normativas de la responsabilidad de los funcionarios a título personal.

2. *La noción de falta personal y las cuestiones de la “separabilidad” y de la “conexidad”. Los elementos o lazos funcionales*

La primera versión de la tesis de las faltas personales, versión inicial ya ampliamente superada desde hace más de un siglo, fue analizada con la vieja sentencia *Pelletier* del Consejo de Estado francés dictada en 1873, en la cual se estimó que la falta personal y la falta de servicio eran nociones excluyentes, o había falta personal –teniendo la víctima solamente acción contra el agente– o había falta de servicio –teniendo el agente solamente acción contra la Administración–. En esta injusta perspectiva, la noción de falta personal equivalía a irresponsabilidad de la Administración, y la noción de falta de servicio equivalía a responsabilidad de la misma. Pero inmediatamente después la práctica y los mejores análisis jurídicos revelaron la insuficiencia y las consecuencias perniciosas de tal perspectiva, por lo que el mismo Consejo de Estado, a golpe de nuevas sentencias dictadas a lo largo de un siglo, fue modificando y afinando la concepción hasta llegar en la actualidad a un sistema consistente, coherente y protector.

Así, la jurisprudencia posterior aceptó la posibilidad de que junto a una falta personal de un funcionario pudiese haber una distinta falta de servicio las cuales se habían conjugado en la producción del daño, por lo que la víctima podía demandar por el todo al servicio, al ente público, tesis que se conoce como la del *cumul de fautes* o cúmulo de faltas (CE, 3-2-1911, *Anguet*)⁸. Pero para completar y mejorar aún más el sistema, la jurisprudencia daría otro gran paso al admitir que un mismo hecho pudiera constituir, a la vez, falta personal separable y falta de servicio, en la cual la falta personal del agente

⁶ «Faute de service», *Juris-classeur administratif*, París, 1993, fasc. 818, N° 31.

⁷ *La responsabilité administrative*, PUF, París, 1986, p. 68.

⁸ *Rec.*, 146, *GAJA*, N° 26.

se “desdobra” en una falta de servicio, abriendo así la puerta al conocido sistema del *cumul des responsabilités* o cúmulo de responsabilidades (CE, 26-7-1918, *Lemonnier*)⁹, sistema que vuelve a pulirse un buen tiempo después al reconocer la responsabilidad de la Administración inclusive por las faltas cometidas por los agentes fuera del servicio o en ocasión del mismo cuando estas faltas “no estén desprovistas de todo nexo con el servicio” o *faute personnelle non dépourvu de tout lien avec le service* (CE, 18-11-1949, *Mimeur, Defaux et Besthelsemer*)¹⁰, casos en los cuales el Estado, como ente público, puede ser demandado directamente a pesar de estar presente una falta personal del funcionario, con lo cual se crea un sistema justo y protector para las víctimas, quienes tienen la posibilidad de demandar a un patrimonio solvente.

El correcto sentido de esta doctrina de las faltas personales, doctrina aceptada expresamente por nuestra jurisprudencia¹¹, supone comprender que, hoy día, la noción de falta personal no es sinónimo de exclusión de responsabilidad del Estado, pues en realidad –y así debe ser– tal falta personal puede también comprometer la responsabilidad del servicio cuando dicha falta personal del agente concurra o se vea superpuesta o doblada por una falta de servicio y aun cuando la misma, habiendo sido cometida fuera del servicio, no esté totalmente desligada del servicio. Solamente, pues, cuando la falta personal aparezca totalmente desligada del servicio –lo que sucede en muy pocos casos– es cuando realmente la Administración es irresponsable, siendo responsable solamente el funcionario. En una frase: la falta personal puede –salvo en el caso límite de la falta personal pura– implicar también la responsabilidad del Estado, vista la conexión de dicha falta personal con el servicio público. Dicho de otro modo, *un mismo hecho*, configura una falta personal del funcionario y a la vez –dada la conexión con el servicio– compromete la responsabilidad del Estado (sin que ello, se insiste, sea óbice para que éste repita luego contra el funcionario)

No hay que confundir, pues, la cuestión de la “separabilidad” (de la falta del funcionario con el ejercicio de sus funciones: problema que permite detectar la existencia de una falta personal del funcionario por la cual el agente podrá ser responsable ante la víctima y/o ante la Administración) con la cuestión de la “desconexión” (de la falta per-

⁹ *Rec.*, p. 761, *GAJA*, N° 36 –con las célebres conclusiones de L. BLUM diciendo que “quizás la falta se separa del servicio... pero el servicio no se separa de la falta”.

¹⁰ *Rec.*, p. 492, *RDPF*, 1950, p. 183, *GAJA*, N° 75.

¹¹ Así, por ejemplo, en sentencias de la CSJ-SPA de fechas 14-11-63 y 5-2-64, así como en decisión de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 14 de diciembre de 1989 (caso *Desarrollos Tercera Avenida -El Monstruo de Los Palos Grandes-*), expresamente se menciona y se acoge la doctrina de las faltas personales francesa, aunque lamentablemente se aplicó mal, pues para hacer irresponsable al ente público y postular la responsabilidad exclusiva del funcionario, se utilizó la misma en su versión inicial reflejada en el caso *Pelletier* decidido por el CE en 1873, versión superada como hemos visto. Sin embargo, afortunadamente la jurisprudencia parece haber corregido el rumbo, tal como se desprende de la sentencia posterior de la CSJ-SCC de fecha 19-03-1996 (caso *Getulio Romero-Boris Planchart*) en la cual se presenta la doctrina de las faltas personales en su versión actual, que es la adecuada y constitucionalmente pertinente. Todas estas decisiones pueden consultarse en Luis A. Ortiz-Álvarez, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, obra cit., 1996, pp. 310 y ss. *Vid.* también, confirmando el enfoque correcto de la doctrina de las faltas personales de los funcionarios públicos, sentencia reciente N° 382 de fecha 03 de julio de 2019 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso *Sisly Esparragoza Bereau vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Nueva Esparta*).

sonal del funcionario con el funcionamiento del servicio o con una simultánea o paralela falta del servicio: problema que permite saber si la Administración debe responder también frente a la víctima). En otras palabras, *si bien toda falta personal es una falta separable, resulta que no toda falta separable está desconectada con el servicio* (caso de las faltas personales impuras). Hay, pues, que distinguir dos tiempos o nociones (el de la separabilidad y el de la conexidad), aun cuando frente a la víctima ello pueda resultar irrelevante, pues frente a ésta la falta, sustantiva y procesalmente, la falta puede presentarse como un todo único (es el servicio, objetivamente hablando, el que ha fallado), pudiendo siempre demandar directamente al servicio y, opcionalmente, al funcionario.

En todo caso, en torno a la relación separabilidad-conexión, y con vista a la identificación de las faltas personales, suele hacerse mención —al menos histórica— a la célebre fórmula del gran jurista Laferrière, según la cual “hay falta de servicio si el acto dañoso es impersonal, si tal acto muestra a un administrador más o menos sujeto a error”. En cambio, la falta personal muestra “al hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias”¹². Sin embargo, a pesar de su belleza tal fórmula también conocida como la “doctrina de las pasiones personales”, no es un criterio de distinción preciso, sino solamente una silueta que simplemente muestra el “espíritu de la distinción” (R. Chapus), formula que por lo demás solamente refleja correctamente el plano de la “separabilidad” o *détachabilité* de la falta del funcionario con su función, más no necesariamente el problema distinto de la “conexión”.

En este sentido, y con vista a la correcta interpretación del contexto separabilidad-conexión, será necesario utilizar una técnica de espectro más amplia, la cual permita visualizar la correcta medida de los elementos o *lazos funcionales* de la actuación del funcionario. Dicho de otro modo, para poder calificar la falta del funcionario será necesario estudiar los casos concretos y apreciar los elementos —circunstanciales, teleológicos e instrumentales— que rodean al hecho dañoso, los cuales, según el grado de “densidad” serán o no capaces de “separar” o no y, al mismo tiempo, de “conectar” o no a tal hecho con la función pública. Así, según la consistencia de los elementos funcionales, podrá haber faltas puras de servicio, faltas puras personales y faltas personales separables, pero no desconectadas del servicio o faltas personales separables puras.

Dentro de este juego de investigación, y tal como ha sido profundamente estudiada por la doctrina¹³, puede decirse que tres elementos funcionales principales es posible identificar: el lazo circunstancial (tanto espacial, como especialmente temporal, esto es, saber si el funcionario estaba o no en servicio, o, mejor, si la falta se produjo “durante” el servicio); un lazo instrumental (esto es, si el funcionario hizo uso de los medios —materiales o no— del servicio o si usó medios personales); y un lazo teleológico (esto es, saber si el funcionario actuó para las necesidades del servicio o para fines personales).

¹² *Traité de la juridiction administrative*, París, 1896, t; I, p. 648.

¹³ Véase, entre otros, el formidable estudio de Ph. Weckel, «L'évolution de la notion de faute personnelle», *RDPF*, 1990, N° 5, p. 1525-1558, *Loc. cit.*, p. 1546 y ss.

La combinación de tales elementos mostrará el grado de densidad o el diámetro del lazo funcional y, a la vez, permitirá identificar los tipos de faltas posibles y resolver el problema de la distribución de las cargas indemnizatorias¹⁴.

Luego de determinado, bajo el enfoque múltiple mencionado, los niveles de separabilidad y conexión, es cuando puede pasarse a estudiar el asunto de las consecuencias contenciosas administrativas y de la repartición final de responsabilidades entre la Administración y dichos funcionarios, esquema actual resultado de una larga evolución –de un verdadera batalla jurisprudencial– ocurrida principalmente en Francia y cuyos afinamientos y frutos han sido y deben recogidos por muchos otros ordenamientos extranjeros, entre ellos, visto el marco constitucional, por Venezuela.

V. EL SENTIDO Y CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA FALTA PERSONAL Y SU INTERACCIÓN FINAL CON LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Desde el punto de vista procesal y de la repartición de la carga indemnizatoria, hay que hacer referencia a dos niveles de análisis, a saber: (i) el nivel de las *relaciones triangulares*, esto es, víctima-Administración-agentes, el cual permite determinar desde la perspectiva de la víctima cuando hay conexión entre una falta personal y una falta de servicio, y quien (la Administración y/o el funcionario) puede ser demandado; y (ii) el nivel de las *relaciones bilaterales*, es decir, Administración-funcionarios, lo que permite analizar el tema de la repartición final de la carga indemnizatoria entre la Administración y los funcionarios, según el respectivo peso de sus faltas, en lo cual también entra en juego el asunto de las acciones de regreso¹⁵.

¹⁴ Así, desde un enfoque general, puede decirse que varias combinaciones -y consecuencias de principio- son posibles: cuando los tres elementos están presentes, la falta será una falta de servicio pura; cuando hay ausencia de uno de los elementos, o sea, cuando hay dos elementos presentes, la falta será una falta personal impura, esto es, una falta personal separable pero no desprovista de todo nexos con el servicio -por lo que, frente a la víctima, sigue habiendo falta de servicio-; cuando solamente se presenta -muy débilmente- un sólo elemento de los tres, o cuando ninguno de ellos está presente, la falta tendrá una tendencia a ser una falta personal pura (sin embargo, en casos extremos cuando hay solamente un elemento funcional -especialmente si es el elemento instrumental- podría darse una conexión suficiente con el servicio pudiendo darse una falta personal impura).

¹⁵ Desde el punto de vista de las *relaciones triangulares*, esto es, víctima-Administración-agentes, y concretamente desde la perspectiva de la víctima, cuando hay conexión entre una falta personal y una falta de servicio (siendo la Administración y el funcionario responsables solidariamente, o sea habiendo “cúmulo de responsabilidades”), la falta aparece diluida en un todo único. En efecto, como escribe Ph. Weckel (“L'évolution de la notion de faute personnelle”, *RDPF*, 1990, N° 5, p. 1544), “se dirija el demandante ante la Administración o a su agente, es siempre de la violación de la misma obligación de la cual él se queja. Frente a él, las obligaciones del servicio público y aquellas que pesan sobre el agente coinciden. La idea de que pueda haber obligaciones puramente funcionales y otras puramente civiles asumidas por los agentes públicos en sus relaciones con los terceros es una ficción... Solamente hay una falta. La misma falta, pudiendo separarse por alguna parte de la función, por ejemplo, en razón del interés personal perseguido por el autor, sigue estando sin embargo suficientemente conectada al servicio si éste le da la ocasión de cometerla”. En cambio, desde el punto de vista de las *relaciones bilaterales*, es decir, solamente en lo que toca a las relaciones Administración-agentes, la falta que provocó la indemnización de una víctima no es una falta única indisociable. Al contrario, ella puede decortarse para repartirse finalmente entre ellos -entre la Administración y su agente-, el respectivo peso de sus faltas, para lo cual están las acciones de regreso. En fin, pues, como dice el mismo Ph. Weckel, ciertamente “la falta personal que aparece en las relaciones entre la Administración y su agente no es, en ge-

1. *Las relaciones trilaterales: Estado-funcionarios-víctimas*

Desde una perspectiva general, el esquema actual/moderno de consecuencias contencioso (respecto a las *relaciones trilaterales Estado-funcionarios-víctimas*) puede y debe quedar de la siguiente forma: 1) si el daño ocasionado tiene origen en una *falta de servicio pura* (supuesto importante en la cual no hay falta personal alguna) la víctima solamente podrá demandar al servicio y nunca al agente; 2) si el daño ocasionado tiene origen en *faltas personales puras* (es decir, aquellas desprovistas de todo nexo con la función pública del agente), es el único responsable –en principio por ante los tribunales ordinarios¹⁶– será el funcionario y no la Administración, supuesto bastante excepcional; 3) en caso de existencia de nexo entre la falta personal separable y el servicio (*faltas personales impuras*)¹⁷, la solución será la del “cúmulo” de responsabilidades (la responsabilidad solidaria de la Administración y el funcionario frente a la víctima, la cual tiene la *opción* de escoger contra quién presentará su demanda).

Tal esquema es compatible con la Constitución venezolana de 1999, pues el Estado responde directamente de los daños y perjuicios que hayan sido causados por autoridades en el ejercicio de su función pública, lo que sin duda alcanza y debe alcanzar tanto a

neral, la misma que aquella de la cual se valió la víctima para obtener reparación”. En una frase, la falta personal separable que tiene nexo con el servicio es una “falta a doble efecto” (Gour, J.M. Auby), pues ella hace responsable al agente -ante la víctima y ante la Administración- y al mismo tiempo hace responsable a la Administración, todo sin que se afecte el contenido mismo de la noción de falta personal la cual puede detectarse según los criterios tradicionales.

¹⁶ En algunos de estos casos, la jurisprudencia ha sostenido que la acción en reclamación de daños y perjuicios dirigida personalmente contra un funcionario debe ser interpuesta ante los tribunales civiles ordinarios (vid. Ortiz-Álvarez, Luis A. *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, EJV-Funeda, Caracas, 1997, pp. 342 y ss.). Sin embargo, somos de la opinión que cuando se demanden conjuntamente al Estado y al funcionario, la jurisdicción competente para conocer del asunto podría ser la contencioso administrativa. Esta solución, por lo demás, puede apoyarse con la normativa procesal aplicable de las acciones conexas.

¹⁷ En este caso, es menester hacer varias acotaciones, a saber: por una parte, supuesto mayoritario, puede haber conexión con el servicio cuando estamos ante una falta personal a doble efecto, esto es, cuando un mismo hecho se “desdobla” en falta personal y falta de servicio (CE, 26-7-1918, *Lemonnier*) o simplemente, siendo la fórmula más reciente (CE, 18-11-1949, *Mimeur*) y sin necesidad de evocar una falta de servicio desdoblada, cuando la falta personal “no esté desprovista de todo nexo con el servicio”. Por otra parte, puede decirse que hay conexión con el servicio cuando una falta personal “se combina” con una diferente falta de servicio (hay dos hechos distintos) en la producción de un mismo daño -combinación que puede ser más o menos ficticia-. El supuesto, que no es otro que el del *cumul de fautes*, y cuyo caso está en la decisión *Anguet* (CE, 5-2-1911), ha tenido algunas aplicaciones posteriores, especialmente -y generalmente presumiéndolas- para las faltas de vigilancia. Como dicen los comentaristas de los *grands arrêts*, la jurisprudencia *Anguet* es “todavía vivaz” y sus principios siguen utilizándose, “paralelamente a las teorías más audaces expuestas en las sentencias *Lemonnier* y *Mimeur*” (Long, M. Weil, P. Braibant, G. Delvolvé, P. y Genevois, B. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1990 p. 146). En todo caso, desde el plano de los derechos de la víctima, la anterior distinción no tiene efectos prácticos, pues trátase de una acumulación de una falta personal y de una falta de servicio, o trátase de una falta que se desdobla en falta personal y en falta de servicio, o haya una falta personal que no está desprovista de todo nexo con el servicio, las consecuencias son las mismas (la víctima tiene una *facultad de opción* o si se quiere el derecho de *escoger* libremente entre ejercer directamente una acción contra el agente (ante el juez ordinario) o ejercer directamente una acción contra la Administración (ante el juez contencioso-administrativo), pudiendo reclamar tanto al uno como al otro la “totalidad” de los daños, pues la responsabilidad debe ser aquí solidaria. Sin embargo, la referida distinción sí tiene relevancia en el plano de las relaciones bilaterales (Estado-funcionarios) y concretamente a nivel de las acciones de regreso.

los daños producidos dentro del ejercicio propiamente dicho de cualquier función estatal como a los producidos a la ocasión del mismo y también a los ocasionados fuera del servicio pero conectados con el mismo, quedando solamente fuera, lo que es justo y lógico, el caso –muy residual– de las faltas personales puras. En lo que respecta a las faltas personales impuras –que en su otra cara son faltas de servicio impuras– así como por las faltas de servicio puras, la Administración o Estado (términos que utilizamos aquí con flexibilidad y en su mayor amplitud y, por tanto, como expresiones equivalentes) debe responder directamente, y tal responsabilidad debe buscarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual, en Venezuela, es la competente (constitucionalmente hablando) para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración (artículo 259 de la Constitución), situación similar a la que puede observarse en el Derecho comparado.

En suma, en el plano de los derechos de la víctima, haya una acumulación de una falta personal y de una falta de servicio, haya una falta que se desdobra en falta personal y en falta de servicio, o haya una falta personal que no está desprovista de todo nexo con el servicio, las consecuencias son las mismas (y en ello la jurisprudencia y doctrina comparadas –e.g. Colombia, España, Francia– muestran concordia): la víctima tiene una *facultad de opción* o si se quiere el derecho de *escoger* libremente entre ejercer directamente una acción contra el agente (ante el juez ordinario) o ejercer directamente una acción contra la Administración (ante el juez contencioso-administrativo), pudiendo reclamar tanto al uno como al otro la “totalidad” de los daños.

Lo anterior quiere decir que, frente a la víctima, el agente y la Administración responden de forma *solidaria*. En Francia, la doctrina y la jurisprudencia contemporánea son unánimes en esto. En España también¹⁸. En Venezuela, sin duda, y para esto está el respaldo de los principios y normas constitucionales, debe predicarse la misma solución. Ya entre nosotros, autores como el maestro Brewer-Carías han señalado tal exigencia desde hace tiempo. Así, luego de destacar con acierto que el principio es que “la Administración es responsable por todos los daños que causen sus autoridades legítimas en ejercicio de la función administrativa, sean ocasionados intencionalmente o por dolo, o culposamente por negligencia o imprudencia”, y que “sin embargo, ello no excluye la responsabilidad personal del funcionario también en todo caso... lo que constituye un cúmulo de responsabilidades”, dirá también Brewer-Carías que “en este cúmulo de responsabilidades, tanto el Estado o la Administración como el funcionario público, personalmente, responden de los daños causados. Por tanto, *hay una responsabilidad solidaria*”¹⁹.

En suma, la Administración es responsable directo de los daños ocasionados por las faltas personales impuras de los agentes, los cuales son también solidariamente res-

¹⁸ *Vid.*, e.g., García de Enterría, E. y Fernández, Ramón. *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, p. 345-346; Leguina Villa, J. *La responsabilidad civil de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 353-354; González Pérez, J. y González Navarro, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1994, p. 1471 y ss.; Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, J.M. *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 355 y ss.

¹⁹ *Vid.* Brewer-Carías, Allan R. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo*, Caracas, 1964, p. 426.

ponsables. Ahora bien, en la práctica, resulta –y ello es normal– que el funcionario es, frente a la víctima, sólo “potencialmente responsable” pues en la mayoría de los casos la víctima “prefiere” ejercer una acción directa contra la Administración, cuyo patrimonio es más solvente que el del funcionario. Tal preferencia de atacar a la Administración, que es sin duda una “tendencia natural” (Darcy y Paillet), es lógica y acorde con la naturaleza protectora del sistema de responsabilidad administrativa.

En todo caso, por supuesto, la víctima no tiene derecho a obtener doble indemnización (hay cúmulo de responsabilidades, pero no cúmulo de indemnizaciones). Una vez obtenida indemnización total de uno de los deudores, la víctima no podrá ir contra el otro.

2. *Las relaciones bilaterales: Estado-funcionarios*

Adicionalmente, ya dentro del problema de las *relaciones bilaterales Estado-funcionarios*, podrían ser procedentes, según los casos, *acciones de regreso del ente público contra el funcionario*, a saber: 1) si se trata de faltas de servicio puras, la Administración no puede reclamar patrimonialmente nada al funcionario luego de que aquellas ha sido condenada a pagar a un particular daños y perjuicios (de igual modo, si se trata de faltas personales puras, el funcionario no tiene acción de reclamación o regreso contra el Estado); 2) cuando hay faltas de servicio impuras (que es lo mismo que decir faltas personales impuras), esto es, faltas personales separables pero en conexión con el servicio, la Administración sí puede atacar a los funcionarios²⁰, pudiendo exigir la repe-

²⁰ Como sentencia líder en este sentido encontramos en Francia a la decisión del Consejo de Estado francés en 28-7-1951 (caso *Laurelle*), en la cual se recuerda que “si los funcionarios y agentes de los entes públicos no son pecuniariamente responsables ante los dichos entes de las consecuencias dañosas de sus faltas de servicio, cosa distinta sucede cuando el daño que ellos han causado a los entes públicos es imputable a sus faltas personales” (*Rec.*, 464, *RDPP*, 1951, p. 1087, *GAJA*, N° 83 -jurisprudencia que entierra definitivamente el incompleto régimen anterior que impedía en buena medida tales acciones de regreso, cuyo símbolo estaba en la jurisprudencia, *Poursines*, CE, 28-3-1924, *Rec.*, p. 357, para el caso de un funcionario que había mandado a fusilar a un sospechoso; asimismo el camino de la jurisprudencia *Laurelle* había sido preparado por la doctrina quien había criticado la antigua situación, p. ex., M. Waline, “De l’irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d’y remédier”, *RDPP*, 1948.1). Sobre el particular, y también haciendo eco de tendencia moderna, valga citar algunas ideas de E. García de Enterría y T. Ramón Fernández (en su *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid): “La Administración, que está obligada a indemnizar a la víctima si ésta se dirige contra ella, no lo está, en cambio, a soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de ese pago, en cuanto que éste procede de un hecho que tiene un autor personalmente responsable, contra el que la Ley la faculta para actuar, en vía de regreso, y exigirle de forma unilateral y ejecutoria, sin perjuicio de los recursos procedentes, el reembolso de la indemnización abonada”. En Colombia, la situación es similar y la jurisprudencia es constante en decir que si bien “la regla estriba en que las personas jurídicas de derecho público responden por los daños que sus agentes causen a terceros en su calidad de tales y en ejercicio o con ocasión de sus funciones”, “es indudable que cabrá la acción de regreso contra el funcionario responsable en los casos de culpa, dolo o delito suyo...”. (CE.Col, SP-CA, 16-12-1987, *O. López y otros*, exp. R-012, *JCHP*, t. I, p. 251. En Venezuela, la tesis de la responsabilidad directa del Estado con posibilidad de ejercicio de acciones de regreso entre la Administración y sus agentes también encuentra respaldo en el bloque de principios y normas de valor constitucional que regulan el sistema de responsabilidad del Estado y los funcionarios, al cual nos hemos referido. Igualmente, la doctrina patria postula tal solución (Brewer-Carías, Lares Martínez, entre otros). En definitiva, cuando un funcionario comete una falta personal que genera daños, los cuales tienen que ser asumidos por la Administración frente a los particulares, es lógico pensar en la procedencia de una acción de regreso contra el funcionario, lo cual, además del equilibrio patrimonial, tiene un efecto moralizador para los funcionarios. Sobre el tema general de la reparación de daños causados

tición de lo pagado, aun cuando quepa aquí hacer una subdivisión relativa al origen y al alcance de la indemnización: **a)** si se trata de *faltas personales impuras que se desdoblan en falta de servicio* (es decir, cuando un mismo hecho o “causa exclusiva” del daño se presenta, frente a la víctima, como una falta personal y falta de servicio al mismo tiempo, lo que en la terminología más reciente se denomina falta personal no desprovista de todo nexo con el servicio), en estos casos la solución es que el Estado puede reclamar al agente la totalidad de la suma que el ente público ha debido pagar a la víctima; **b)** si se trata de una *acumulación de una falta personal y de una distinta falta de servicio* (caso de los “efectos conjugados”) a su vez dos situaciones son posibles: b.1) la primera, si se trata de una acumulación real de dos faltas que –en el sentido clásico de la decisión *Anguet*– se combinaron de verdad en la producción del daño, entonces debe operar una repartición proporcional de la carga indemnizatoria en función de la gravedad de las faltas respectivas imputables a la Administración y al agente²¹ o a los agentes²²; b.2) la segunda, si se trata de una acumulación ficticia de dos faltas, –lo que sucede generalmente en los casos en que a la falta personal del agente se le suma una distinta falta de organización o de vigilancia del servicio,– o también, como en el caso *Laruelle*, cuando al mismo agente se le puede imputar no solo la falta personal sino también la provocación de la distinta falta del servicio, en estos casos la Administración puede, en principio, reclamar al agente la integralidad de los daños por ella sufridos²³.

El tema –no desprovisto de complejidades– de las acciones de regreso, tema relativo el “funcionamiento interno” de los servicios públicos y sus funcionarios, es de suma importancia, no sólo para lograr una justa repartición de la carga indemnizatoria y un

al Estado, tema mucho más amplio y del cual lo aquí expuesto es sólo una pequeña manifestación, puede verse el libro de S. González-Varas Ibañez, *La reparación de daños causados a la Administración*, Cedes, Barcelona, 1998.

- ²¹ En todo caso, nótese que, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia francesas, esta repartición se hace en función de la gravedad de las faltas y no tanto en función del grado de producción causal del daño, aunque haya que admitir que la distinción –cuando ella sea posible hacerla, pues puede que haya coincidencia– es difícil a realizar.
- ²² En ciertos casos, puede que el daño por el cual la Administración ha tenido que pagar –o el que ella ha sufrido directamente– haya sido el producto de varias faltas personales de varios funcionarios coautores. En estos supuestos, en principio, tales funcionarios no son responsables solidarios frente a la Administración, sino que ellos deben responderle proporcionalmente en función de la gravedad de sus respectivas faltas personales (principios admitidos en Francia por CE, 22-3-1957, *Jeannier, Rec.*, p. 196, concl. Kahn, *AJDA*, 1957, 2, p. 186; 19-6-1959, *Moritz, Rec.*, p. 377, *AJDA*, 1959.II.304, nota DRAGO; tamb. CE, 18-11-60, *Tilhaud, Rec.*, p. 363, *AJDA*, 1960.I.189).
- ²³ Sin embargo, una aplicación indebida o excesiva de esta tesis (que supone poner toda la carga sobre el agente, lo que resalta el carácter disciplinario de la cuestión) puede llevar a soluciones muy severas, por lo que quizás en ciertos supuestos (como cuando el carácter ficticio de la falta personal no aparezca muy marcado y lo mismo para cuando la inducción del mismo agente a la falta del servicio no sea tan evidente) sea aceptable admitir la repartición de las responsabilidades –para evitar así el riesgo de paralización o merma de las buenas iniciativas de los funcionarios públicos–; solución, por cierto, propuesta por Kahn en el caso *Jannier* (CE, 22-3-1957) para evitar esta especie de “presión” sobre los funcionarios que puede a veces resultar “odiosa” –sin embargo, en la especie, el comisario o proyectista Kahn, no fue seguido por el Tribunal, lo que, claro está, no le quita la fineza al argumento ni su posible aplicación posterior. De hecho, algunos anuncios pueden encontrarse (CE, 6-5-1966, *Chedru, Rec.*, 310 –excluyendo para la evaluación de los daños sufridos por la Administración el tener que pagar pensiones y gastos de hospitalización cuando los mismos funcionarios resultaron heridos por sus faltas personales–).

equilibrio patrimonial Estado-funcionarios, sino sobre todo visto su efecto moralizador y disciplinario respecto de los funcionarios públicos, los cuales no puede ser acostumbrados a su impunidad. La cuestión de las acciones de regreso de la Administración contra sus agentes o funcionarios –y de estos contra aquélla– debe caer, vista su naturaleza pública y por razones prácticas, en la competencia del juez contencioso-administrativo²⁴, tal como sucede en el derecho comparado²⁵.

En definitiva, la efectividad del sistema de las acciones de regreso o *récursaires* que posee la Administración y el grado de moralización que las mismas puedan provocar sobre los funcionarios, dependerá en gran medida de la misma Administración quien debe ser diligente y rigurosa a la hora de volverse contra sus agentes por las indemnizaciones que ella ha debido otorgar a los particulares por faltas personales de dichos agentes. El sistema está montado para funcionar permitiendo el equilibrio deseado (garantía de los ciudadanos-moralización de la función pública) y, de hecho, puede decirse que en la práctica funciona en los países desarrollados, aunque su mejoramiento y efectividad reales sólo será posible con una decidida actitud de la Administración a la hora de ejecutar la facultad de repetir contra los funcionarios.

Finalmente, está el tema de las *acciones del funcionario contra el Estado*, sobre lo cual también cabe distinguir. Por un lado, está el caso de acumulación de faltas²⁶, supuesto natural de este tipo de acciones de regreso. En efecto, en principio el funcionario sólo puede ejercer una acción de regreso contra la Administración en los casos de acumulación de faltas (una falta personal y otra, diferente, falta de servicio) y no en los casos de mero cúmulo de responsabilidades (esto es, en caso de faltas personales a doble efecto o faltas personales no desprovistas de todo nexo con el servicio, donde, en el plano de las relaciones bilaterales, el agente debe soportar la totalidad de la carga indemnizatoria definitiva).

Asimismo, puede agregarse que aún en los casos de faltas acumuladas el agente o funcionario podría cargar también con todo el peso indemnizatorio final –no siendo

²⁴ En la práctica, la jurisdicción contencioso-administrativa entrará en juego no para autorizar a la Administración contra su agente -pues ello, en principio, pareciera innecesario visto el poder de autotutela del Estado-, sino, por ejemplo, cuando el agente esté en desacuerdo -total o parcial- de lo que quiere imponerse de forma unilateral. Ahora bien, cuando el funcionario esté en desacuerdo con tal cuestión, y porque además las sentencias que condenan a la Administración a título de cúmulo de responsabilidades no tienen fuerza de cosa juzgada frente al funcionario, resulta entonces que éste último, con ocasión de la acción de regreso o *récursaire*, puede discutir ante el juez administrativo tanto la evaluación de la indemnización como la totalidad de la responsabilidad (inclusive, éste también puede acudir al juez en los casos en que la Administración se las arreglo amigablemente con la víctima).

²⁵ En este sentido, p. ex., CE, *Laruelle y Delville*, cit.; también, p. ex., confirmando la solución, TC, 26-5-1954, *Moritz*, Rec., p. 708; y Cass. Civ., 21-10-1957, *Siles*, *AJDA*, 1958.II.45.

²⁶ CE, 28-7-51, *Delville*, Rec., p. 464, *GAJA*, N° 83. En la especie se trataba de un chofer de un ministerio, el cual había sido condenado por los tribunales civiles a reparar la integralidad de los daños originados en un accidente que el funcionario había ocasionado por conducir en estado de ebriedad (falta personal). Pues, si bien lo anterior era, frente a la víctima, justo y posible dada la solidaridad de la responsabilidad, lo que no era justo era que tal funcionario tuviera que soportar toda la carga indemnizatoria definitiva, pues el accidente se había debido también al mal estado en que se encontraban los frenos del vehículo (falta de servicio). Habiendo, pues, una acumulación de faltas, el agente intentó una acción de regreso contra la Administración para recuperar parte de lo que había tenido que desembolsar, acción que fue declarada admisible y también, en la especie, procedente -el Estado tuvo que pagarle al funcionario la mitad de lo indemnizado a la víctima-.

procedente una acción de regreso—, en los casos en que visible y claramente aparezca el hecho de que la falta de servicio —como a veces puede suceder con las faltas de vigilancia— era una falta de servicio ficticia. En cambio, se insiste, cuando haya una acumulación real de una falta personal con una de servicio, el agente podrá repetir contra la Administración, acudiendo, si es necesario, ante el juez contencioso-administrativo, quien repartirá las cargas pecuniarias en función de la gravedad de las respectivas faltas, la personal y la de servicio²⁷. En estos casos, en principio, el juez contencioso-administrativo no queda sujeto a la sentencia civil en lo que toca la evaluación global de los daños y a la repartición de cargas entre la Administración y el funcionario²⁸, independencia y autonomía del juez contencioso administrativo también predicable, en principio, frente a la jurisdicción penal a la hora de determinar los delitos de los funcionarios²⁹.

Por otro lado, está el supuesto de una condena patrimonial por error de un agente o funcionario por una falta de servicio pura³⁰. Como ya hemos visto, en estos casos —al no haber falta personal de su parte—, no pueden ser comprometidos patrimonialmente los funcionarios, sino exclusivamente el servicio. Así, cuando por error un tribunal civil condene a un agente a indemnizar a un particular, por haber considerado que el agente había cometido una falta personal cuando en realidad —según los parámetros del juez contencioso-administrativo— el daño provenía de una falta de servicio pura (lo mismo para cuando la Administración va directa y ejecutoriamente contra al agentes por unos supuestos daños originados en una falta personal del mismo; si el agente no está de acuerdo, pues estima que el daño tiene causa en una falta de servicio, entonces puede ir a discutir la cuestión ante el juez contencioso-administrativo), en estos casos en principio el funcionario podrá repetir contra el Estado por la totalidad de la indemnización que tuvo que pagar al particular.

VI. REFLEXIONES FINALES. EL EQUILIBRIO ENTRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS

En suma, en todo Estado de Derecho y en toda sociedad que pretenda ser democrática y civilizada debe existir un efectivo y coherente sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual se complementa, en paralelo, con un sistema de responsabilidad patrimonial de sus funcionarios públicos. Debe existir un *equilibrio o balance* adecuado entre la responsabilidad Estado y la responsabilidad de los funcionarios.

²⁷ Vid. También, e.g., CE, 19-12-1969, *Houdayer, Rec.*, p. 601

²⁸ La posibilidad de una acción contra la Administración y reglas similares a las señaladas deben estimarse aplicables cuando el coautor del daño no es ya un funcionario sino un simple particular (CE, 30-5-1947, *Soulié* y 26-5-1948, *Cie la Préservatrice*, D., 1949, J, 30; 16-3-1962, *Cie L'Urbaine et la Seine*, *AJDA*, 1962, p. 291 y 320).

²⁹ Para unas breves notas sobre esto, *vid.* Luis A. Ortiz-Álvarez, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., 1995, pp. 595 y ss. Para un estudio profundizado sobre las relaciones entre responsabilidad del Estado, juez contencioso administrativo y el juez penal y el alcance de la cosa juzgada, véase el libro de Casino Rubio, Miguel. *Responsabilidad del Estado y delito*, M. Pons, Madrid, 1998.

³⁰ *Vid.*, junto a los trabajos citados anteriormente sobre este tema, Vedel, “L'obligation de l'administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour fautes de service”, *Mélanges Savatier*, París, p. 921.

Si bien la *responsabilidad patrimonial del Estado*, establecida principalmente en los artículos 26, 30, 49, 140 y 259 de la Constitución de 1999 y configurada normativa y jurisprudencialmente como un sistema mixto de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular y de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal³¹, es una *responsabilidad directa*, ello no significa que los funcionarios públicos sean siempre irresponsables. En efecto, de forma paralela, la Constitución también ha consagrado la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, tal como se desprende esencialmente de los artículos 25 y 139 del mismo Texto.

Los funcionarios o agentes públicos, pues, pueden ser responsables a título personal, cuando cometan "faltas personales", concepto cuyo significado y consecuencias procesales ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia francesa. En este sentido, cabe destacar que la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana ha venido utilizando en sus análisis dicha doctrina francesa de las faltas personales, aunque en ocasiones puede observarse un erróneo entendimiento teórico y práctico de dicha doctrina³², dando lugar así a una tergiversación de la institución así como un desplazamiento inadecuado de la responsabilidad hacia el patrimonio exclusivo y normalmente insolvente de los funcionarios, haciendo irresponsable al Estado y dejando injustamente desprotegidas a las víctimas.

El enfoque correcto es entender que la presencia de una falta personal de un funcionario no excluye la responsabilidad patrimonial del Estado. De acuerdo con el verdadero sentido y alcance de la doctrina de las faltas personales francesa, la regla es que el Estado siempre puede ser demandado y debe responder por las faltas de sus funcionarios, visto que éstas normalmente encuentran conexión con el servicio o actividad esta-

³¹ Vid. Ortiz-Álvarez, Luis A. *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Ed. Sherwood, Caracas, 2002; tamb Badell Madrid, Rafael. *Responsabilidad del Estado en Venezuela*, Caracas, 2001. En lo que respecta a la jurisprudencia, son ilustrativas en el sentido expuesto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fechas 27 de enero de 1994 (caso *Promociones Terra Cardón C.A. -conocida también como Médanos de Coro-*) y 29-10-1998 (*ob. cit. Franz Weibezahn vs CANTV y Oficina Técnica Dina*) y las del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa de fechas 2-5-2000, (caso *Cheremos y Otros/Elecentro*), 15-6-2000 (caso *Germán Avilés/Eleorient*), 9-10-2001 (caso *Hugo Betancourt*), 4-12-2001 (caso *Juan Ramón Melo/Cadafé*) y 10-5-2002 (caso *Augusto Nunes Revenrendo vs Cantv*); vid. también recientemente Sentencia N° 597 de fecha 29 de mayo de 2018 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso *María de los Remedios Ferreira Barros vs. Instituto Autónomo de Policía Administrativa del Municipio Chacao*), con referencias al artículo 140 de la Constitución y al carácter mixto/objetivo del sistema del régimen de responsabilidad del Estado.

³² Línea jurisprudencial errada que se pone de manifiesto de hace muchos años, entre otras, en las siguientes sentencias: Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 14-12-1989 -caso *Desarrollos Tercera Avenida, Monstruo de Los Palos Grandes-*; así como sentencias de la CSJ-SPA de fechas 14-11-1963 -caso *Briceño Rossi-* y 5-2-1964 -caso *Rivero Quijada-* y, más recientemente, la decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15-5-2001, caso *Gladys Josefina Jorge Saad -viuda- de Carmona*. Para una excepción, y de hecho muestra de lo que debe ser el enfoque jurisprudencial, puede verse la decisión de la CSJ-SCC de fecha 19-03-1996, caso *Getulio Romero-Boris Planchart*. También hay sentencias recientes acertadas. Por ejemplo, sentencia de N° 382 de fecha 03 de julio de 2019 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso *Sisly Esparragoza Bereau vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Nueva Esparta*), en la cual se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado, por ineficiencia del "servicio" policial, en el caso de un exceso de un funcionario de policía que disparó a una persona, disparo que se hizo fuera de los límites impuestos por la ley.

tal. Un ejemplo reciente y acertado de la jurisprudencia venezolana, se refleja en la Sentencia N° 382 de fecha 03 de julio de 2019 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso Sisly Esparragoza Bereau vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Nueva Esparta), en la cual se declara la responsabilidad patrimonial del Estado por daño moral en el caso de un funcionario policial que realizó unos disparos innecesariamente y traspasó los límites impuestos por la ley en el cumplimiento de un deber; el Tribunal declaró la responsabilidad extracontractual del Estado por su funcionamiento anormal, al estarse en presencia de una ineficiencia del servicio policial.

Ciertamente, *dentro de un sistema coherente y equilibrado de responsabilidad del Estado y de los funcionarios, las víctimas deben estar protegidos en su garantía e integridad patrimonial de la forma más amplia y segura posible*. En este sentido, se entiende de modernamente, y este es un enfoque compatible con el nuevo marco constitucional venezolano, que la falta o funcionamiento anormal del servicio (responsabilidad del Estado) tiende a absorber, a doblar o a juntarse con las posibles faltas personales de los funcionarios, pudiendo la víctima atacar directamente al servicio.

En este sentido, es importante comprender que *el adecuado estudio de la noción faltas personales de los funcionarios y de sus efectos procesales, siempre requiere un análisis doble, para lo cual hay que realizar una verificación de los distintos “lazos funcionales”, principalmente los lazos o elementos teleológico, circunstancial e instrumental*. Así, por una parte, debe estudiarse la cuestión de la “separabilidad” de la falta del funcionario con el ejercicio de sus funciones, lo cual permite detectar la existencia de una falta personal del funcionario por la cual el agente, de ser el caso, podrá ser responsable. Por otra parte, necesariamente debe estudiarse el nivel de “conexión” de la falta personal del funcionario con el funcionamiento del servicio o con una simultánea o paralela falta del servicio, lo cual permite saber si el Estado puede responder directamente frente a la víctima. Tal como en su momento lo explicaba León Blum, en su frase célebre, “quizás la falta personal se separa del servicio, pero el servicio no se separa de la falta personal” (en sus conclusiones a la sentencia CE, 26-7-1918, caso Lemonnier, sentencia posteriormente complementada al reconocerse la responsabilidad de la Administración incluso por las faltas cometidas por los agentes fuera del servicio o en ocasión del mismo cuando estas faltas “no estén desprovistas de todo nexo con el servicio”, CE, 18-11-1949, Mimeur, Defaux et Besthelsemer).

La noción de falta personal, por tanto, no es sinónimo de exclusión de responsabilidad del Estado, pues tal falta personal puede también comprometer la responsabilidad del servicio cuando dicha falta personal del agente concurra o se vea superpuesta o doblada por una falta de servicio y aun cuando la misma, habiendo sido cometida fuera del servicio, no esté totalmente desligada del servicio. Por tanto, solamente cuando la falta personal aparezca totalmente desligada del servicio –lo que es algo excepcional– es cuando realmente la Administración es irresponsable, siendo responsable solamente el funcionario.

Es este, en suma, el enfoque actual de la doctrina francesa de las faltas personales, doctrina que, sin duda, es digna de ser seguida en Venezuela, pero respetando su verdadero significado, tanto a nivel sustantivo como a nivel procesal.

En definitiva, la Constitución de Venezuela tiene ya las bases para desarrollar un sistema completo de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, sistema que está estrechamente unido al fortalecimiento de la Democracia y del Estado de Derecho y de

Justicia. Es de esperar, pues, que en la práctica y no sólo en teoría, algún día Venezuela quede alineada con las mejores tendencias del Derecho comparado, tanto en Europa como en Latinoamérica, donde los ciudadanos han exigido y logrado un desarrollado del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, todo ello con el efecto inmediato de un mejor funcionamiento de los servicios públicos y de una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos e inversionistas.

42. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Luis A. ORTIZ ALVAREZ*

Resumen: La responsabilidad patrimonial del Estado es un principio fundamental del Derecho público, esencial en todo Estado de Derecho e indispensable para la modernización de todo país. La Constitución de Venezuela de 1999, en armonía con el derecho comparado, establece la responsabilidad del Estado de una manera amplia y moderna. El sistema es amplio e integral, y cubre todas las actividades estatales. El sistema tiene un fundamento general objetivo, pero sólo relativo, pues se trata de un “sistema mixto” en el cual coexisten la responsabilidad por funcionamiento normal y anormal. Se trata, además, de un sistema autónomo que debe ser estudiado desde una perspectiva de Derecho público y bajo una perspectiva amplia y pro-cives en favor de los particulares y no de la Administración.

Palabras claves: Responsabilidad – Estado – Sistema Mixto – Sistema autónomo.

Abstract: State liability is a fundamental principle of public law, essential in every State with the Rule of Law, and indispensable for the modernization of every country. The 1999 Constitution of Venezuela, in harmony with comparative law, establishes the State liability in a broad and modern manner. The system is all-encompassing, and covers all state activities. The system has an objective general foundation, but only relative, since it is a “mixed system” in which both liability for normal functioning and faulty functioning coexist. It is also an autonomous system that must be studied from a public law perspective, and from a broad and pro-cives perspective in favor of the individuals and not of the Administration.

Key words: Liability – State – Mixed System – Autonomous system.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial del Estado es, sin duda, un *principio fundamental del derecho público* y, de hecho, quizás sea la institución más importante en la materialización de todo Estado de Derecho y de Justicia. Se trata, además, de una garantía poderosa para acercar a los ciudadanos a la posibilidad real de civilizar y modernizar a la Administración. La misma noción de Democracia, de hecho, resulta inconcebible sin la responsabilidad patrimonial del Estado.

* Florida International University College of Law, J.D. *cum laude*. Panthéon-Assas University, Paris II, Masters in Public Economic Law, Administrative Law, and Political Sciences. Professor of Law, Universidad Católica Andrés Bello and Universidad Central de Venezuela. Partner and Head of the Public Law and International Arbitration Practice at InterJuris (Miami, Florida). Correo electrónico: professorortiz.alvarez@gmail.com

La reconstrucción del Estado venezolano, por tanto, también depende en gran medida del desarrollo real de un completo, efectivo y coherente sistema de responsabilidad del Estado.

En el caso de Venezuela, la responsabilidad patrimonial del Estado encuentra expresa y categórica consagración en la Constitución de 1999. Visto el carácter normativo de toda Constitución (*norma normarum*)¹, la misma ha estado llamada a tener importantes efectos sociales y jurídicos. Esta “constitucionalización” de la responsabilidad patrimonial del Estado, por lo demás, impone importantes consecuencias sustantivas y adjetivas en la materia².

Veamos, pues, el alcance de las normas contenidas en la nueva Carta Magna, para luego revisar su alcance sustantivo y articulación técnica.

II. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. *De los principios generales y valores superiores a las normas matrices de la responsabilidad del Estado en la Constitución*

La responsabilidad patrimonial del Estado es, ante todo, un “principio general del Derecho” y uno de esos “valores superiores” inherentes a todo Estado de Derecho y, por tanto, un derecho inherente a la persona humana integrante de cualquier sociedad democrática. Tal institución, pues, de base multipolar (principio-valor-derecho) tiene tal fuerza que incluso puede alcanzar un rango supraconstitucional –al igual que muchos de los derechos humanos–, de allí que resulte normal, incluso obligada, su amplia y expresa consagración a nivel constitucional mucho más cuando se trata de una Carta Magna destinada a regular una sociedad democrática y de justicia.

Las bases *del* sistema de responsabilidad, pues, pueden inicialmente buscarse en *los principios generales del Derecho y en los valores superiores del Estado* –principios y valores siempre en evolución y adaptación a las necesidades de los tiempos y que son, como ha dicho Forsthoff, no sólo *ius normatum*, sino sobretodo *iustitia normans*³–, los cuales como entre nosotros ha dicho Fariás Mata, son una “fuente privilegiada de cualquier Ordenamiento”⁴.

¹ Vid. artículo 7 de la Constitución de 1999: “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”. Asimismo, también recordando el carácter normativo superior/vinculatorio de todas las disposiciones de la Constitución, pueden mencionarse los artículos 3, 22, 25, 137, 138, 139, 333, 334, 335 y 350.

² Vid., entre algunos de nuestros estudios previos, Ortiz Álvarez, Luis. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995; Ortiz Álvarez, Luis. “La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de Venezuela de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1; Ortiz Álvarez, Luis. *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos*, Caracas, 2002.

³ *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, München und Berlin, 1953, p. VI.

⁴ “Configuración y jurisprudencial del contencioso administrativo en Venezuela”, *Libro Homenaje a la PGR*, 1986, p. 171; “cuánto de bueno -dice Fariás Mata- tienen nuestras leyes y cuántas excelencias pueden de ellas ser derivadas por el juez a través de los principios generales del Derecho”; sobre el te-

Este enfoque superior, en efecto, viene a ser recordado en el propio Preámbulo de la Constitución, al referirse a una *sociedad democrática* y al *Estado de justicia*, que consolida los valores de la *libertad, solidaridad, bien común* y el *imperio de la ley*; así como a la *igualdad, la integración latinoamericana, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos*.

Tal carta de valores, principios y fines superiores, la cual supone de suyo la existencia y desarrollo de un sistema adecuado de responsabilidad patrimonial del Estado, viene a quedar también plasmado en los primeros artículos del texto constitucional, cuando se habla del “*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” (artículo 1). Igualmente, se insiste en “la construcción de una sociedad justa” (artículo 3) y en un gobierno que “es y será siempre *democrático... responsable*” (artículo 6). Más adelante también se insiste en que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de “*eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*” (artículo 141).

Dentro de *este* contexto, la Constitución estableció varias normas expresas que, de forma categórica y amplísima, regulan la responsabilidad del Estado.

En primer *lugar*, tenemos una norma especialmente dedicada a la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos:

“Artículo 140. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública*”.

Esta es, sin duda, la nueva norma matriz de la responsabilidad administrativa en Venezuela. Se trata de un precepto de gran amplitud y de corte moderno iuspublicista, obviamente inspirado en las mejores normas del Derecho comparado (en concreto colombianas y españolas), a cuya altura hemos quedado constitucionalmente equiparados, al menos formalmente. El citado artículo permite el desarrollo, desde una perspectiva de derecho público, de un amplísimo sistema de responsabilidad patrimonial –por sacrificio particular y por funcionamiento anormal– de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas –administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales– de los entes públicos o incluso privados en ejercicio de tales funciones.

En segundo lugar, la Constitución de 1999 trae otro artículo fundamental en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, esta vez dentro de la previsión específica relativa a la jurisdicción contencioso administrativa. Dicha norma es la siguiente:

“Artículo 259. La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. *Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder*;

ma véase el libro de García de Enterría, E. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Tenemos aquí, al igual que en el texto constitucional de 1961, aunque con una aparente ampliación, una norma también fundamental en materia de responsabilidad del Estado y plena jurisdicción contencioso-administrativa. Este precepto, tanto de índole formal como de índole sustancial, otorga el derecho de los particulares un sistema amplísimo, de nuevo universal, mixto y sin exclusiones, de responsabilidad del Estado, concretando igualmente el poder-deber de los tribunales contencioso-administrativos de satisfacer tal derecho. Todas las expresiones destacadas en el texto (condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa) autorizan tal amplitud. No caben aquí, tampoco, limitaciones a la responsabilidad del Estado, muy por el contrario, nos encontramos ante una contundente ratificación de las más amplias potestades de control judicial del Estado y, por tanto, de los más amplios derechos de los particulares a exigir su integridad patrimonial.

En tercer lugar, el derecho –exigible a toda jurisdicción– a la defensa y tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, entre ellos los patrimoniales, por supuesto, conlleva el derecho a exigir la plena responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, son de gran importancia dos artículos constitucionales, nos referimos a los artículos 26 y 49, los cuales disponen en lo que aquí importa destacar lo siguiente:

“Artículo 26. *Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...*”.

“Artículo 49. *El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...*”.

Estos artículos otorgan el derecho fundamental de los ciudadanos de defender ante la justicia sus derechos e intereses en forma eficaz. Dichas normas contienen mucho más que al clásico principio *favor actionis o pro actione*; ella contiene el derecho a una *tutela judicial “efectiva”*. Tal principio se traduce, en lo que aquí interesa, en el derecho que tiene el particular de demandar y de obtener, si es el caso, la responsabilidad patrimonial del Estado. El principio de efectividad jurisdiccional tiene, pues, en la materia, una doble función: de un lado, el particular puede, cuando sufra una lesión insoportable en su patrimonio, demandar y obtener la responsabilidad administrativa, sea bajo el régimen de responsabilidad por funcionamiento normal (sacrificio particular y por riesgo), sea bajo el régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal (falta del servicio); de otro lado, el principio de efectividad jurisdiccional supone el derecho a demandar y a obtener tal responsabilidad administrativa (en su sentido más amplio) a través de demandas, recursos o procedimientos antiformalistas, justos, y con garantías y amplios poderes del juez, es decir, recursos efectivos o eficaces, incluyendo medidas cautelares de provisiones económicas (*référé provision*), siendo inconstitucional cualquier prerrogativa u obstáculo que se oponga o limite el referido derecho a la efectividad jurisdiccional y a la responsabilidad del Estado.

2. *De las normas complementarias de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución*

Además de los principios y valores superiores, así como de los artículos 26, 49, 140 y 259 de la Constitución de 1999, normas principales y autosuficientes reguladoras de un sistema completo y efectivo de responsabilidad del Estado, encontramos en el mismo texto constitucional algunas regulaciones adicionales, las cuales vienen a reforzar las previsiones generales.

En este sentido, pueden mencionarse los siguientes artículos: 26, 49 y 255 (relativos a la responsabilidad del Estado-Juez); 7, 25, 46, 49, 139, 141, 199, 200, 216, 222, 232, 244, 255, 281 y 285 (sobre la responsabilidad de los funcionarios); 19, 29, 30, 31 y 46 (sobre la responsabilidad por violación de los derechos humanos); 253 y siguientes (referentes a la protección jurisdiccional); 55, 115, 156-2 (relativos a la garantía de la propiedad, a la integridad patrimonial y a la expropiación); 1, 2, 19, 21, 133, 299, 311 y 316 (relativos al principio de igualdad ante las cargas públicas); 281 y 285 (sobre las atribuciones del Defensor del Pueblo y del Ministerio Público); 23 y 153 (sobre la preeminencia de los tratados de derechos humanos y del derecho comunitario); 132, 134, 135 y 274 (sobre la solidaridad, la colaboración y la responsabilidad social); 117 (sobre el derecho a bienes y servicios de calidad y a la indemnización en caso de violación a tal derecho); 4, 165 y 184 (sobre la corresponsabilidad de la gestión pública); 7, 25, 137, 138, 274, 317, 333, 334, 336 y 350 (relativos al principio de legalidad); 22 (sobre la cláusula enunciativa de derechos).

III. ALCANCE GENERAL DEL BLOQUE NORMATIVO-CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. BASES PARA LA CORRECTA ARTICULACIÓN TÉCNICA DEL SISTEMA

Los bloques de preceptos constitucionales citados –que comprenden a los artículos 26, 49, 140 y 259–, por sí solos, tanto más combinados entre sí y en conjunto de las normas complementarias o de refuerzo que hemos mencionado, sin duda permiten e imponen la construcción general y la articulación técnica de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado completo, eficaz e inspirado de principios de derecho público moderno.

1. *El sistema es amplio e integral. Todas las actividades estatales entran dentro del marco de las normas constitucionales de responsabilidad patrimonial del Estado*

Ante todo, queda claro que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado ha sido consagrado en sus más amplios y modernos términos. Ello supone, primeramente, entender que el mismo no permite reductos de inmunidad patrimonial, teniendo los particulares el derecho a obtener, directamente⁵ y a través de procesos de tutela judicial

⁵ Efectivamente, la responsabilidad del Estado es una responsabilidad *directa* y no subsidiaria, quedando a salvo la posibilidad de que el Estado, en caso de *falta personal* de los funcionarios, repita contra éstos en ciertos casos, así como la posibilidad (la “opción”, también en caso de faltas personales) de que el particular decida demandar directamente al funcionario a título personal. Al margen de estas posibilidades, el particular siempre puede demandar directamente al Estado (al ente público, al servicio). Sobre este tema de las relaciones entre la responsabilidad del Estado y de los funcionarios, *vid.* Ortiz-

efectiva, la *reparación integral de todo tipo de daño que sufran provenientes de cualquier actividad del Estado*, entendido éste en un sentido amplio. Así, se les debe aplicar el sistema de responsabilidad en cuestión a todos los entes y poderes públicos, tanto en sentido horizontal (*legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral*), como en sentido vertical y paralelo (nacional, estatal y municipal / autoridades administrativas autónomas o independientes, entes descentralizados), incluyendo a los entes y personas privadas actuando en función de servicio público o de interés general, con independencia del tipo de lazo funcional (entes de autoridad, concesionario, contratista, colaborador ocasional⁶, etc.).

Esta visión del sistema de responsabilidad del Estado también quedó explicada por el primer y más autorizado comentarista de la Constitución de 1999. Así, el profesor Allan R. Brewer-Carías señala lo siguiente respecto al artículo 140 de la nueva Constitución: “La expresión “funcionamiento de la Administración”, de carácter muy genérico, permite que la responsabilidad del Estado se origine cuando la lesión se derive del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos a cargo del Estado o en general, de la actividad administrativa realizada por la Administración Pública, como estructura orgánica”⁷.

Este enfoque, por lo demás, no sólo encuentra perfecto respaldo en el texto de las nuevas normas de la Constitución, sino también en su misma “Exposición de Motivos”, donde claramente se habla de responsabilidad por funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos y de todas las actividades estatales provenientes de cualquier ente público, incluso de entes privados en ejercicio de tales funciones⁸.

La función administrativa de entenderse aquí en el sentido más amplio posible. Así, la función administrativa puede asimilarse a las nociones de “giro o tráfico administrativo”, “acción administrativa” y, si se quiere, a la noción de “funcionamiento de los servicios públicos”, pero entendiendo el concepto de servicios públicos en un sentido amplio, tanto funcionalmente como orgánicamente. Asimismo, la responsabilidad alcanza a todas las vertientes de las actividades administrativas (actividad-inactividad) y en todas sus modalidades. Es decir, que entran en el sistema de responsabilidad, por una parte, la actividad no formal o material (hechos materiales, vías de hecho, inactividad,

Álvarez, Luis A. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., pp. 595 ss; y Ortiz-Álvarez, Luis A. *La responsabilidad civil de los funcionarios públicos*, Ed. Sherwood, Caracas, 2002.

⁶ Sobre esta importante doctrina del “colaborador ocasional” de la Administración, vid. Ortiz-Álvarez, Luis A. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., pp. 225 y ss.; Ortiz-Álvarez, Luis A. “La participación ciudadana ocasional en actividades de servicio público y la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 20, 2005 y en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP, N° 335, p. 7-31, *Argentina, Buenos Aires*, 2006.

⁷ Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2000, p. 82 y 83.

⁸ La Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 al tratar el Título del Poder Público expresa lo siguiente: “Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones”.

omisiones, retardos, abstenciones, promesas, informaciones, expectativas, presiones, etc.) y, por otra parte, la actividad formal (actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares, contratos). Asimismo, desde el punto de vista material, el sistema alcanza a todas las modalidades de actuación (dirección, ejecución, actividad técnica, etc.). Tal amplitud también aplica para el resto de las actividades estatales, tal como, por ejemplo, para las actuaciones y omisiones del poder legislativo (leyes, omisión legislativa, etc.) y del poder judicial (sentencias, retardos, etc.). Igualmente, la amplitud del sistema no tiene límites respecto al tipo de competencia, materia, obligación o servicio público en juego.

Por otra parte, el sistema debe procurar una “reparación integral” (*restitutio in integrum*) de todo tipo de daños, los cuales pueden ser materiales, tanto el daño emergente (*damnum emergens*) como el lucro cesante (*lucrum cessans*), así como los daños no materiales o morales, todos los cuales pueden originarse por daños a los bienes como por daños a las personas, y que en principio deben ser indemnizados integralmente, sin enriquecer pero sin empobrecer a la víctima, con independencia de si se trata de un caso de responsabilidad por funcionamiento normal o anormal.

2. *El sistema de responsabilidad tiene un fundamento general objetivo, pero sólo relativo, pues la responsabilidad del Estado siempre es un sistema mixto. Coexistencia de la responsabilidad por funcionamiento normal y anormal*

EL carácter puramente “objetivo” del sistema de responsabilidad del Estado es un mito. En realidad, el contexto constitucional ha ratificado su carácter *mixto*, en el sentido de que el mismo, para ser completo y efectivo y para responder a la naturaleza real de la responsabilidad del Estado, debe ser entendido como un sistema indemnizatorio que se divide en dos regímenes coexistentes y complementarios como son, por una parte, el régimen de *responsabilidad por funcionamiento normal* (también llamado por sacrificio particular o sin falta y por riesgo), en el cual el criterio específico decisivo para la responsabilidad es la imputación a la actividad administrativa de un daño anormal y especial, entrando dentro de este régimen especialmente las actividades lícitas o producto del un funcionamiento normal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general, donde el fundamento principal va a encontrarse en el principio de igualdad ante las cargas públicas, en ciertos casos apoyado por la doctrina del riesgo; y, por otra parte, un régimen de *responsabilidad por funcionamiento anormal* (o por falta de servicio), en el cual el criterio específico o decisivo para a los fines de la responsabilidad es ese funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal. Se trata, cabe insistir, de un necesario y equilibrado sistema mixto de responsabilidad estatal el cual no es absolutamente objetivo, sino solamente objetivo de manera relativa⁹.

⁹ Vid. Ortiz-Álvarez, Luis A. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995. Tal como se señala en el texto, el sistema de responsabilidad tiene una *naturaleza necesariamente mixta*, de donde resulta una indispensable coexistencia de la responsabilidad por funcionamiento normal y de la responsabilidad por funcionamiento anormal. Nunca hemos defendido una visión objetiva absoluta del sistema. La objetividad es solamente relativa y es un concepto que simplemente pretende explicar los logros históricos en la materia y los avances de la responsabilidad sin falta, pero sin desconocer nunca la permanencia de la responsabilidad por falta. También aclarando las du-

Dentro de este correcto enfoque, y desde una perspectiva global que abarca a ambos regímenes de responsabilidad, la Administración responde objetivamente, es decir, que el fundamento general o unitario de todo el sistema o de los dos regímenes de responsabilidad administrativa es la *integridad patrimonial*. El criterio general de la responsabilidad es así la idea de lesión, o sea, de la *lesión antijurídica* en el entendido de que el particular no tiene la obligación de soportar sin indemnización el daño sufrido. En este plano, la antijuricidad es un criterio objetivo, pues no se trata de que el autor de la lesión necesariamente tenga que actuar de forma ilegal o ilícita –antijuricidad subjetiva–, aunque en ocasiones ello sea necesario y determinante para la imputabilidad, sino desde una perspectiva general la víctima que sufre la lesión no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación –antijuricidad objetiva–. En este sentido, el centro de gravedad de la responsabilidad administrativa no recae sobre el autor del daño, sino sobre el patrimonio del sujeto afectado y en el derecho al restablecimiento de integridad patrimonial¹⁰. Sin embargo, y en esto es necesario insistir, lo anterior es sólo un enfoque general que no autoriza a confundir las cosas y a afirmar la responsabilidad del Estado es siempre objetiva y que nunca es necesario estudiar el comportamiento estatal. Al contrario, si bien la visión moderna de la responsabilidad, por razones de estímulo y de avances históricos, parte de un concepto objetivo (que pretende superar el exclusivo y limitado concepto de la culpa o falta), no es menos cierto que la misma visión siempre ha postulado la naturaleza mixta del sistema.

En otras palabras, si bien la “antijuricidad” de la lesión es un concepto amplio y más objetivo, resulta que en la práctica la antijuricidad de la lesión puede alcanzarse por diversas vías, a saber; en algunos casos por la presencia de un sacrificio particular proveniente de daños anormales y especiales o de una situación de riesgo (responsabili-

das y confusiones, jurisprudenciales y ratificando la tesis mixta que siempre hemos defendido, puede verse Hernández, José Ignacio. *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración en Venezuela*, Caracas, 2004.

¹⁰ Este mismo es el enfoque utilizado en España y Colombia, principales países que han servido de inspiración a nuestras actuales normas constitucionales en materia de responsabilidad del Estado. En términos de la jurisprudencia española: “La responsabilidad de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar” (Tribunal Supremo español -TSE-, 11-6-1993, Ar. 4375; posición sostenida en múltiples sentencias, entre otras, TSE, 19-01-1988; 11-04-1989, Ar. 2836; 8-02-1991, Ar. 1214; 13-01-1992, Ar. 555; 2-11-1993, Ar. 8182; 22-04-1994, Ar. 2722; 23-06-1995, Ar. 4782). En fin, tal como lo afirma la doctrina española, la lesión o daño antijurídico será el daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar en tanto no existan causas de justificación del mismo y en cuanto sea posible la imputación. *Vid.* García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, t. 2, 1993, p. 372 y ss.; J. González Pérez, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, *cit.*, 1996, pp. 270 y ss.). Esta lesión o daño antijurídico puede y debe entenderse también como “aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado”, como bien lo ha sostenido el profesor Juan Carlos Henao Pérez (“La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado”, en libro *Homenaje a Fernando Hinestroza*, Ed. Univ. Externado de Colombia, 1993, p. 234; “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, 1996, p. 801 y s.; *vid.* tamb. “Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado”, *loc. cit.*, p. 434), lo que confirma la naturaleza “mixta” del sistema de responsabilidad y la obligación del juez –a lo cual también lleva el principio *iura novit curia*– de estudiar el caso bajo cada uno de los regímenes de responsabilidad a los fines de declarar o no la presencia de un daño antijurídico y la responsabilidad del Estado.

dad objetiva real) o, en otros casos, por la presencia –y solamente por presencia– de una falta de servicio o funcionamiento anormal, sin cuya existencia no es posible imputar los daños al Estado (responsabilidad subjetiva clásica o responsabilidad objetiva-relativa moderna).

De manera que no puede señalarse que nosotros hemos propuesto o defendido una visión objetiva absoluta de la responsabilidad del Estado. Tal visión, además de inexistente e inconveniente, nunca ha sido propuesta por nosotros. Muy al contrario, siempre hemos defendido la necesaria *naturaleza mixta* del sistema. El concepto del sistema “objetivo” de responsabilidad solamente hace referencia a que, modernamente, entre los mecanismos de imputación no sólo se encuentra la culpa o falta de servicio, sino que *también* existen otros títulos de imputación que sí pueden ser objetivos o en los cuales la falta o culpa es jurídicamente irrelevante. Sin embargo, hay múltiples supuestos en los cuales la falta o funcionamiento anormal sí es determinante para la procedencia de la responsabilidad. En este sentido, también es incorrecto afirmar –como en ocasiones lo ha hecho la jurisprudencia– que el fundamento general de la responsabilidad es la igualdad ante las cargas públicas. Tal fundamento solamente puede abarcar a la responsabilidad sin falta o por funcionamiento normal y aun dentro de este régimen se combina en ciertos casos con la doctrina del riesgo. Sin embargo, el mismo es inaplicable o inadecuado para fundamentar la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, cuyo fundamento es la violación al derecho al funcionamiento normal, adecuado y eficaz de los servicios públicos y de las actividades estatales, tal como lo hemos indicado en nuestros estudios.

Dentro de este contexto, cabe advertir sobre algunas desviaciones jurisprudenciales iniciales que se inclinaron, quizás por inercia y sin mayor reflexión, en postular un supuesto carácter objetivo absoluto del sistema de responsabilidad, al menos en el plano de sus declamaciones generales –no siempre seguidas en sus propios análisis de los casos concretos–. Así, por ejemplo, a partir de algunas pioneras sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa (TSJ-SPA-, 2-5-2000, *Cheremos y Otros/Elecentro*; 15-6-2000, *Germán Avilés/Eleoriente*) y de otras que las han seguido (por ejemplo, TSJ-SPA, 10-4-2002, *Augusto Nunes Revenrendo vs. Cadafe*), pareciera haberse incurrido en el error mencionado de que el sistema de responsabilidad ostenta una naturaleza objetiva absoluta. También en la senda equivocada, se observan algunas sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (por ejemplo, la de fecha 26 de julio de 2005, caso *Sindicato Agrícola*, en la cual incluso llega a afirmarse que supuestamente en Venezuela “se reconoce... un sistema de responsabilidad objetivo que opera como garantía de los particulares frente los daños que produzca la actividad de la Administración, *sin que sea necesario evaluar la normalidad o no de la actuación de la Administración*”, lo cual, como hemos dicho no es del todo cierto, pues en muchos supuestos tal evaluación sí resulta indispensable). Afortunadamente, aunque todavía persisten confusiones ocasionales, la misma Sala Político Administrativa ha dictado diversas sentencias que parecieran destacar con mayor acierto la verdadera naturaleza objetiva relativa y el carácter mix-

to del sistema (por ejemplo, TSJ-SPA, 1-10-2002, *Cadafe*; 25-3-2003, *Enelbar*; 16-11-2004, *Hilda Josefina Farfán*; 29-05-2018, *Luz Marina Miranda*, entre otras)¹¹.

No es cierto, insistimos, que la responsabilidad del Estado en Venezuela refleje un sistema objetivo absoluto, pues en muchos casos es necesario, indispensable, el evaluar la normalidad o no de la actuación de la Administración, lo que ocurre en los casos que por naturaleza deben estudiarse bajo un esquema o régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, falta que resulta necesaria comprobar, en su existencia y suficiencia, para poder imputar los daños. Y en esto, las normas constitucionales son claras y no permiten veleidad alguna, pues siempre se refieren a *daños “imputables”*.

Tal como siempre lo hemos defendido en la doctrina, el sistema constitucional venezolano de responsabilidad del Estado está estructurado necesariamente como un sistema mixto de responsabilidad, y si bien en algunos casos es posible comprometer la responsabilidad estatal en ausencia de falta de servicio (responsabilidad por funcionamiento normal o por actos lícitos) en otros casos, sin embargo, el funcionamiento anormal no sólo es un criterio relevante sino determinante de la responsabilidad administrativa, pues sólo en presencia de ella pueden imputarse ciertos daños y construirse la relación de causalidad. En este tipo de supuestos, si no hay funcionamiento anormal no puede hablarse de lesión antijurídica ni de daños imputables al Estado. Tal como lo dice Michel Paillet, en estos casos, siendo que la falta o funcionamiento anormal se define como toda violación a las obligaciones administrativas, es claro que en estos supuestos “sin obligación violada, no hay falta ni tampoco responsabilidad”¹². Como lo señala Garrido Falla, “a los efectos de conseguir la indemnización subsiguiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial *no es indiferente* que el servicio haya funcionado de forma normal o anormal”¹³. En algunos casos puede que sea indiferente, pero en otros no es así, particularmente en los casos típicos de responsabilidad por funcionamiento anormal, casos en los cuales la prueba o presunción de tal falta o anormal funcionamiento es la única manera de “*imputar*” los daños a la actividad administrativa. De manera que también en Venezuela, al igual que en Colombia y España, es inexacto decir existe un sistema de responsabilidad administrativa totalmente objetivo e ilimitado.

En este sentido, son ilustrativas las sentencias de la Sala Constitucional dictadas en el caso *Carmona*, en la cuales se sostiene la visión moderna y el carácter amplio e integral del sistema de responsabilidad del Estado, pero confirmando al mismo tiempo el carácter mixto del sistema. En la primera de las sentencias de este caso, de fecha 19-11-2002, la Sala Constitucional hace referencia a que la responsabilidad no tiene un fundamento único, que la misma puede tener causa en un ilícito, que la responsabilidad

¹¹ Para algunas de estas sentencias y consideraciones en el sentido señalado, *vid.* Hernández José Ignacio, *Reflexiones críticas sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial de la Administración en Venezuela*, Caracas, 2004. *Vid* también, mas reciamente, sentencia N° 608 de fecha 29 de mayo de 2018 del TSJ-SPA (caso *Luz Marina Miranda*). *Vid* también, e.g., TSJ-SPA, sentencia N° 597 de fecha 29 de mayo de 2018 del TSJ-SPA (caso *María de los Remedios Ferreira Barros vs. Instituto Autónomo de Policía Administrativa del Municipio Chacao*); TSJ-SPA, sentencia N° 513 de fecha 1 de agosto 2019 (caso *Carlos Antonio Honoré*).

¹² “Faute de service, *Jurisclasser administratif*”, París, 1993, facs. 818, N° 3 y 88.

¹³ “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *RAP*, N° 119, 1989, p. 32 y ss.; tamb. Blasco, Avelino, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985, p. 57.

objetiva no supone una presunción irrefragable a favor de los particulares, siendo necesario también conciliar las potestades del Estado, por lo que también debe haber relación de causalidad entre la actividad y los daños y, en fin, que la responsabilidad no es general ni absoluta.¹⁴

También relevante es la sentencia de la misma Sala Constitucional de 6 de agosto de 2004 (también en el caso *Carmona*), en cual, con ocasión de un recurso de revisión contra una sentencia en materia de responsabilidad del Estado que fue anulada, se estableció que la “visión objetiva” de la responsabilidad “no debe confundirse con una noción absoluta” y, además, se sostuvo que “partiendo de una interpretación amplia de las garantías constitucionales –sin que tampoco se entienda esta posición como una especie de permisividad absoluta a favor de quien demande– la responsabilidad extracontractual debe ser vista desde el punto de vista objetivo de la antijuricidad del daño causado, siempre que fuese imputable directamente para algunos de los medios por los cuales el Estado ejerce su actividad”.

De manera que, dentro de una adecuada interpretación constitucional, el sistema de responsabilidad del Estado no es absoluto ni totalmente objetivo, sino que tiene una objetividad solamente relativa. En otras palabras, se trata de un *sistema mixto de responsabilidad*, tal como ha sido interpretado y desarrollado en España y Colombia, países cuyas normas constitucionales sirvieron de inspiración a las nuestras, como hemos visto.

¹⁴ Vid. Sentencia del TSJ Sala Constitucional de fecha 19-11-2002 (caso *Carmona II*), en la cual se sostuvo lo siguiente: “...la Sala estima que se hace conveniente dilucidar previamente el marco normativo conforme al cual deben estar referidos con certeza los criterios de interpretación de la responsabilidad patrimonial del Estado extraídos de la normativa constitucional a los fines de determinar el alcance y grado de continuidad de la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado venezolano en los hechos sub examine, y una vez establecido lo cual, determinar el criterio que debe prevalecer en la jurisprudencia. (...) de la lectura de los artículos 30 y 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se infiere que la Constitución Bolivariana de Venezuela adopta el régimen integral de responsabilidad del Estado, no cabe duda que dicha responsabilidad debe ser apreciada de manera objetiva descartándose la culpa del funcionario como fundamento único del sistema indemnizatorio; y además, al encontrarse tipificado el hecho ilícito que causa la reclamación de indemnización como violación del derecho humano a la vida, el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sanciona expresamente al Estado con la obligación de indemnizar integralmente a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios... Claro está, que un régimen de responsabilidad objetiva del Estado no puede ser apriorístico y tener los efectos de una presunción iure et de iure a favor de los particulares... Las anteriores consideraciones no impiden que por una ley regulatoria a la cual remite el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado venezolano pueda autolimitar la responsabilidad objetiva a la que sujeta la normativa constitucional el ejercicio de la función pública, ya que esta responsabilidad ni se rige por los principios establecidos en el Código Civil para la regulación de las relaciones horizontales de particular a particular, ni puede ser general o absoluta. Más aún, en aplicación de los principios de transparencia y responsabilidad en el ejercicio de la función pública postulados en el artículo 141 de la Constitución vigente, la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado debe tener sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio, y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados de los ciudadanos. (...) Del análisis de la normativa constitucional vigente, infiere esta Sala que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño. (...) La previsión de esta obligación del Estado como una consecuencia del principio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lleva a esta Sala a ratificar que los órganos del Poder Público, incluidos los del Poder Judicial, deben dirigir su actuación a garantizar que dicha indemnización se haga efectiva, en caso de ser procedente”.

Dejando aparte algunos excesos y ciertas confusiones respecto al supuesto carácter objetivo del sistema, la mayoría de la jurisprudencia contencioso administrativa presenta una postura adecuada y compatible con las previsiones constitucionales, correctamente interpretadas, con carácter vinculante, por la Sala Constitucional.

También ilustrando desde temprano la correcta visión mixta del sistema, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa de fecha 25 de enero de 1996 (caso *Sermes Figueroa vs. Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado*), el Máximo Tribunal señalaba que “el fundamento para exigir una indemnización patrimonial al Estado varía si se trata de llamada *responsabilidad con falta* o si se trata de la llamada *responsabilidad sin falta*. En este último caso, se está frente a un caso de responsabilidad por acto lícito, acto respecto del cual la exigencia de indemnización viene dada por el principio de la igualdad ante las cargas públicas. En cambio, en el caso de la llamada responsabilidad con culpa, de lo que se trata es de una exigencia de indemnización derivada de una actuación ilícita del Estado productora de daños”.

Entre otras sentencias¹⁵, también es relevante la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 27 de enero de 1994 (caso *Promociones Terra Cardón C.A. –Médanos de Coro–*) en la cual se reitera que la responsabilidad del Estado debe analizarse a partir de sus “fundamentos constitucionales”, en los cuales se “contempla el deber de indemnizar por parte de la Administración, derivados de su responsabilidad en general, o por la actuación de sus funcionarios competentes, de donde se desprende su obligación de indemnizar los daños causados a los particulares, aun por sus actos lícitos”¹⁶, todo lo cual confirma que la responsabilidad patrimonial del Estado también puede comprometerse, en algunos casos, aun en ausencia de falta.

También de importancia y con un alto contenido técnico, es la decisión de la CSJ-SPA de fecha 29-10-1998 (caso: *Franz Weibezahn vs. CANTV y Oficina Técnica Dinna.*)¹⁷ en la cual se reitera que la responsabilidad del Estado puede darse tanto por falta o funcionamiento anormal como sin falta o por sacrificio particular, dedicando, para resolver el caso de especie, extensos y acertados análisis a este último régimen indemnizatorio.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha también explicado adecuadamente el sentido del carácter “objetivo” de responsabilidad del Estado como un sistema de *carácter mixto*. Por ejemplo, en la Sentencia N° 608 de fecha 29 de mayo de 2018 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (caso *Luz Marina Miranda*), se sostiene, adecuadamente, que el artículo 140 de la Constitución, “hace refe-

¹⁵ Vid. Ortiz-Álvarez, Luis. *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, EJV-Funeda, Caracas, 1997, pp. 100 y ss. También Brewer-Carías, Allan R. y Ortiz-Álvarez, Luis A. *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa*, EJV, Caracas, 1995, pp. 224 y ss.

¹⁶ Esta sentencia está relacionada con un interesante caso de responsabilidad del Estado por “limitaciones legales” a la propiedad. Sobre el particular, además de poder consultar su texto en las obras citadas en el pie de de página anterior, puede consultarse Ortiz-Álvarez, Luis A. y Ferreira Villafranca, José G., “Vinculaciones urbanísticas y garantía indemnizatoria”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 2, Ed. Sherwood, Caracas, 1998.

¹⁷ Para un comentario sobre esta sentencia, vid. Ortiz-Álvarez, Luis A. “Hacia la consolidación de la responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela (Breves comentarios a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 29-10-1998: otro avance en el régimen de la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular)”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 5, Ed. Sherwood, Caracas, 1999, pp. 305 y ss.

rencia expresa a la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños sufridos por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, cuando la lesión sea imputable al funcionamiento, *normal o anormal*, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones.”¹⁸.

Todo lo anterior significa, en suma, que *el supuesto carácter objetivo puro o absoluto de la responsabilidad del Estado es sólo un mito*. En realidad, la antijuricidad del daño o lesión puede darse tanto por presencia de un *sacrificio particular* que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas o por una actividad de *riesgo* creado (responsabilidad por funcionamiento normal), como por una *falta de servicio*, la cual supone una violación del derecho de los ciudadanos al buen funcionamiento de los servicios públicos y de la actividad estatal (responsabilidad por funcionamiento anormal), y en algunos casos tal funcionamiento anormal es jurídicamente determinante para la procedencia de la responsabilidad estatal.

3. *Los regímenes coexistentes de responsabilidad tienen significados y fundamentos independientes*

En la responsabilidad por *funcionamiento normal* (sin falta o por sacrificio particular y/o por riesgo), la antijuricidad o insoportabilidad de un daño viene dada por la presencia e imputación de daños “anormales” –graves e intensos– y “especiales” –individualizados– los cuales producen una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, lo cual también puede darse por la generación de daños producto de actividades peligrosas o de riesgo, haciéndose en todos estos casos necesaria una indemnización compensatoria. En este régimen de responsabilidad, la actividad estatal que genera daños puede haber sido realmente lícita o perfecta (responsabilidad por funcionamiento normal real o puro), pero también entran dentro de este régimen de responsabilidad los daños causados por actividades que hayan incurrido en faltas de servicio o funcionamiento anormales, pero en los cuales tal anormalidad funcional es jurídicamente irrelevante, pues aún habiendo perfecta la actividad habría que haber indemnizado (responsabilidad por funcionamiento normal ficticio o relativo).

La responsabilidad administrativa por funcionamiento normal, y en particular los casos reales de sacrificio particular, tiene un radio de acción determinado, aunque siempre en crecimiento. En efecto, la que nosotros denominamos teoría del “sacrificio particular” (inspirada, entre otras, en la *Aufopferungstheorie* o teoría del sacrificio, en la *Zumutbarkeitstheorie* o teoría de la exigibilidad o tolerabilidad, en la *Substanzlehre* o teoría de la sustancia, y en la *responsabilité sans faute* por *dommage spécial et anormal*) tiene un campo de aplicación limitado pero en constante evolución, el cual responde a la posibilidad de imputación de daños anormales y especiales a las actividades estatales, sin necesidad de estudiar la anormalidad del comportamiento. En principio, se puede estar tentado a pensar que todas las actividades pueden causar daños anormales

¹⁸ Sentencia N° 608 de fecha 29 de mayo de 2018 del TSJ-SPA (caso *Luz Marina Miranda*). Vid también, e.g., TSJ-SPA, sentencia N° 597 de fecha 29 de mayo de 2018 del TSJ-SPA (caso *María de los Remedios Ferreira Barros vs. Instituto Autónomo de Policía Administrativa del Municipio Chacao*); TSJ-SPA, sentencia N° 513 de fecha 1 de agosto 2019 (caso *Carlos Antonio Honoré*).

(graves) y especiales (singularizados) susceptibles de establecer la responsabilidad administrativa por sacrificio particular. Pero tal razonamiento es apresurado e inexacto (y da origen a la errada idea de la responsabilidad objetiva generalizada), pues sucede que en muchos casos, por un lado, la “imputabilidad” (que también va a significar antijuricidad) de tales daños a la Administración solamente es posible si se constata una falta o funcionamiento anormal, y, por otro lado, la “antijuricidad” (que en ocasiones no tiene relación con la imputabilidad, pues ésta ya está establecida o es indiscutible) también puede, en algunos casos, solamente admitirse si se establece un funcionamiento anormal. Fuera de estos casos todos los daños anormales y especiales producidos por la actividad administrativa pueden estudiarse por el régimen de responsabilidad por sacrificio particular.

En otras palabras, en principio todo daño anormal y especial (aquél que por su singularidad y gravedad sobrepasa el “nivel de tolerabilidad o exigibilidad” –*die Grenze des Zumutbaren*–) que sea imputable a la Administración puede originar la responsabilidad patrimonial administrativa por sacrificio particular. Por debajo de ese nivel, salvo falta o funcionamiento anormal, los daños –si se quiere, los daños no graves y los generales– deben ser soportados. Asimismo, dentro del régimen de responsabilidad por funcionamiento normal, la idea o doctrina del riesgo por ayudar a explicar la procedencia de responsabilidad, por lo que en ocasiones la figura del riesgo se conjuga o combina con la del sacrificio particular para fundamentar la responsabilidad del Estado de manera objetiva.

En lo que respecta al régimen de responsabilidad por *funcionamiento anormal*, por su parte, la antijuricidad o insoportabilidad del daño puede venir por la presencia de daños –inclusive suaves o de poca intensidad– causados por ese funcionamiento anormal o por las llamadas *faltas de servicio* (*faute de service*), las cuales pueden definirse como la violación a las obligaciones a cargo de los entes públicos en sus funciones estatales o de los entes privados en función estatal, administrativa o de interés general.

En estos casos, el fundamento de la responsabilidad es la violación del derecho al correcto, eficaz o normal funcionamiento del Estado (tal como, por ejemplo, se impone en el artículo 141 de la Constitución para la Administración), siendo la falta de servicio es una condición necesaria para declarar responsable al Estado, debiendo el demandante probar tal funcionamiento anormal, salvo en el caso de las presunciones de falta en las cuales, vista la dificultad probatoria y la necesidad de proteger a las víctimas, debe invertirse la carga de la prueba.

La noción de falta de servicio o funcionamiento anormal es, como la doctrina lo ha destacado, una noción multiforme y variable, cuya apreciación es esencialmente tópica y, por tanto, íntimamente relacionada con las características y entorno de cada caso *in concreto*.

Como referencia inicial, para detectar la existencia y consistencia de las obligaciones administrativas, el juez puede acudir a la “apreciación textual” (refiriéndose a los textos normativos que definen y delimitan la intervención administrativa) y a la “apreciación funcional” (pronunciándose en función de las misiones generales asignadas al Estado, ante la ausencia de texto y vista la ausencia de precisión o nitidez de los mismos, o incluso complementando éstos), luego de cuya determinación podrá analizarse si tal obligación administrativa ha sido violada o no, para lo cual se tendrá que acudir a los *standards* de apreciación *in concreto*, tales como el estándar geográfico, la tipología o

naturaleza del servicio o actividad estatal en juego, las circunstancias de tiempo y lugar, las dificultades encontradas, los medios del servicio, la previsibilidad del incidente, etc.¹⁹.

De manera que, si bien la falta o funcionamiento anormal puede definirse, trasladando al campo público las ideas de Planiol, como la violación de una obligación preexistente a cargo del Estado, resulta que la determinación de la misma se realiza *a posteriori* al momento del estudio de los casos concretos, ello en función de textos expresos, con referencia a la técnica funcional genérica y con vista a los estándares o parámetros aplicables según las circunstancias de cada caso concreto²⁰.

Asimismo, aun cuando la noción de falta o “funcionamiento anormal” es en cierta manera un concepto jurídico objetivo, el cual alude a una ficción legal que pone en movimiento la responsabilidad directa del Estado, debe señalarse que la operatividad de la misma no es excluyente de la noción de faltas personales de los funcionarios, las cuales, de hecho, suelen ser la causa real de muchas faltas de servicio, de manera que, frente a las víctimas, lo relevante es que objetivamente puede seguir hablándose de una “falta del servicio”, con la consecuencia procesal de poder demandar al Estado como ente jurídico. La expresión “falta de servicio” o “funcionamiento anormal” es una expresión metafórica, en el sentido que son los agentes del servicio público los que en realidad pueden cometer una falta, hecho que, vista la conexidad, se desdobra a los efectos lega-

¹⁹ Para análisis sobre el particular, *vid.* Ortiz-Álvarez, Luis A. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995, pp. 270-348; tamb. Paillet, Michel «Faute de service», en *Juris-classeur administratif*, París, 1993, fasc. 818, N° 95-120; Richer, L. *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, París, 1978, p. 7 y ss.

²⁰ En relación con esto, L. Richer ha afirmado con acierto lo siguiente: “las obligaciones administrativas están a veces determinadas por textos... pero, a menudo no hay textos. Es entonces al juez quien le toca descubrir el contenido de la obligación./ Para paliar la ausencia de textos, podría imaginarse la elaboración de un código general de deberes de la Administración. Sin embargo esta labor parece imposible: el número de obligaciones administrativas es ilimitado, su contenido depende del objeto de la actividad asumida, objeto que es esencialmente variable./ El problema que entonces conviene abordar, en estas condiciones, es un problema de método: ¿cómo la relación entre la actividad y la obligación es establecida por el juez?/ La respuesta es diferente según se trate o no de un acto jurídico. Cualquiera sea la actividad administrativa en causa, material o jurídica, un principio juega siempre, es el principio funcional. Pero cuando un acto jurídico interviene, es el principio de legalidad el que ocupa principalmente la escena, sin que se trate de un rol único./ El enunciado del principio funcional es simple: a partir del momento que la Administración asume una actividad, ella está sujeta a las obligaciones que impone la gestión de esta actividad./ El principio de legalidad se impone a la Administración en sus actividades jurídicas, es decir, en las actividades de elaboración de actos jurídicos unilaterales o contractuales. La violación de la legalidad puede provocar la nulidad del acto, pero ella también constituye, en la mayoría de los casos, una falta” (*La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, París, 1978, p. 7 y ss.). En sentido parecido, y en un brillante trabajo, Michel Paillet también demuestra también cómo suelen y deben determinarse las obligaciones administrativas a los fines de estudiar (de “detectar”) la presencia o ausencia de una falta o funcionamiento anormal susceptible de comprometer la responsabilidad de la Administración (*vid.* su trabajo “Faute de service”, en *Juris-classeur administratif*, París, 1993, fasc. 818, N° 95-120). Siguiendo pues a M. Paillet, puede decirse que, por un lado, el juez esta llamado a determinar el *contenido de las obligaciones administrativas*. En este sentido, “es claro que no se trata de hacer un inventario de la infinita variedad de las obligaciones que pesan sobre la Administración, sino que se trata de analizar el método utilizado por el juez administrativo para determinar su consistencia”. Pues bien, para esto el estudio de la jurisprudencia contencioso-administrativa francesa muestra como el juez utiliza métodos diversos: sea refiriéndose a los textos que expresamente definen la intervención administrativa (determinación textual); sea pronunciándose en función de las misiones globales asignadas a la Administración (determinación funcional)”.

les en una falta del servicio público. En rigor, “como la Administración no tiene existencia física, sus faltas son siempre faltas de individuos y no es sino a través de una operación jurídica como éstas se imputan a la Administración”²¹.

En definitiva, tal como lo explica Leguina Villa²², la Administración responderá del hecho dañoso no tanto porque necesariamente se pueda argumentar que ella es la autora del daño o porque el hecho generador del mismo puede atribuírsele directamente, sino porque el Derecho positivo ha dispuesto la atribución del deber de reparación a un ente público. Todo se pasa, como dice Moreau, “como si, en un proceso de responsabilidad administrativa, la víctima ignorando al autor de la falta debiera solamente probar los elementos objetivos y constatables de un funcionamiento defectuoso de tal o tal rueda de la máquina administrativa”²³. El Estado, en suma, responde directamente y las faltas se atribuyen, a través de una “ficción”, a la “organización” al “sistema”, concretamente al ente público a cuyas misiones se relaciona la falta. Esto no quiere decir, por supuesto, que los funcionarios no sean responsables en ningún caso, pues cuando, a la par de la determinación de una “falta de servicio” en los términos antes expuestos, pueda efectivamente detectarse, conectarse e identificarse una “falta personal”, los funcionarios podrán quedar comprometidos patrimonialmente sea frente a las víctimas si éstas optan por demandarlos judicialmente, sea frente al Estado por vía de las acciones de regreso, en caso que el Estado sea demandado directamente y condenado a indemnizar.

4. *El sistema de responsabilidad del Estado es un sistema autónomo y debe ser estudiado desde una perspectiva de Derecho público*

De todo el bloque normativo constitucional, se desprende la existencia de una amplia y consistente base jurídica para fundamentar y desarrollar técnicamente los principios propios y autónomos de la responsabilidad del Estado en Venezuela, sin necesidad de tener que acudir a las normas, sólo parcialmente pertinentes en la materia, del Código Civil²⁴. Es el en bloque jurídico-constitucional, de aplicación directa e inmediata y de fuerza vinculatoria superior y preferencial, donde deben buscarse todos los elementos necesarios para la revolución científica requerida en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela. Las referencias exclusivas al Código Civil como base normativa de la responsabilidad, resulta innecesaria, y a veces impertinente –y por tanto inconstitucional–, pues como hemos dicho la responsabilidad administrativa debe regirse por principios propios de Derecho público los cuales, si bien en algunos casos son compatibles con los principios de derecho privado, en general los sobrepasan y difieren de éstos.

Las particularidades del fenómeno administrativo, la enorme gama de reglas específicas que rigen el instituto resarcitorio frente a los entes públicos, así como la existencia de un bloque normativo propio, justifican en definitiva el buen grado de autonomía y originalidad de la responsabilidad administrativa.

²¹ Vedel y Delvolvé, *Droit administratif*, cit., p. 576.

²² *La responsabilidad civil de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 83-84.

²³ *La responsabilité administrative*, PUF, Paris, 1986, p. 68.

²⁴ La mayoría de la doctrina venezolana moderna acepta la autonomía de la responsabilidad del Estado.

En palabras ciertas del Consejo de Estado colombiano, “la noción de responsabilidad extracontractual y contractual del Estado está estrechamente vinculada al derecho administrativo, forma parte integrante de él y se desplaza en su totalidad sobre un régimen jurídico de derecho público”.

A partir del nuevo y categórico contexto constitucional de 1999, y así no sólo se desprende del propio texto de las normas sino de la misma Exposición de Motivos (que expresamente señala que el sistema se establece “bajo una perspectiva de derecho público moderna”), el juez contencioso administrativo está llamado, más que nunca, a realizar la articulación técnica del sistema de responsabilidad del Estado, ello a través de conceptos de *Derecho público* claros y parámetros de normalidad y de imputación precisos, aunque adaptables y flexibles según los *casos concretos* y en función de los *topoi*, parámetros y principios normativos en juego, así como con vista en las expectativas sociales y las realidades de cada servicio administrativo o estatal. De hecho, ya la jurisprudencia que se ha proferido en los últimos años se ha inclinado mayoritariamente a favor de esta autonomía y de la utilización de los principios de derecho público.

Por tanto, el juez está llamado a descubrir, crear y afinar *standards* generales y específicos de funcionamiento “normal” o “anormal” de las actividades administrativas y de daño “anormal” y “especial”, así como a clarificar las relaciones entre (a) normalidad-imputabilidad-soportabilidad. Todo lo anterior, permitirá la configuración de un sistema coherente de responsabilidad extracontractual del Estado en Venezuela, donde ahora más que nunca estamos llamados constitucionalmente a desarrollar el sistema indemnizatorio en niveles similares a los países como Francia, España y Colombia, que han venido siendo ejemplos o paradigmas en la materia, y en los cuales también se ha defendido la autonomía de la responsabilidad del Estado.

Como es sabido, la génesis de la idea de autonomía de la responsabilidad puede buscarse en Francia, especialmente a partir de la sentencia *Blanco* del 8 de febrero de 1873 del Tribunal de Conflictos²⁵, donde se dejó establecido que “La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; que esta

²⁵ Véase el texto de la decisión en Long, M., Weil, P., Braibant, G., Delvolvé, P., Genevois, B. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París -sentencia núm. 1-; para las conclusiones del *commissaire du Gouvernement* David, ver *Rec. 1 suppl. 61; D.*, 1873.3, p. 17. Las reglas de competencia (de los jueces administrativos) y de fondo (especificidad de la responsabilidad administrativa e inaplicación del Código Civil) impuestas por esta sentencia han sido, como es sabido, afinadas por el tiempo. Dejando a un lado el hecho de que -a diferencia de lo que decía el *arrêt Blanco*- la responsabilidad adquirió el carácter de “general”, en la actualidad puede decirse, como lo escribe el propio René Chapus, que “la fórmula autonomista del *arrêt Blanco* domina ciertamente el régimen de la responsabilidad pública” (*Droit administratif général*, París, 1994, t. I, p. 1040). Esta autonomía, que alcanza a todo el sistema de responsabilidad, por lo demás se intensifica en materia de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, ligada al principio de igualdad ante las cargas públicas, principio de alto contenido iuspublicista, como bien lo ha mostrado Delvolvé, Pierre en su magistral tesis (*Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, París, 1969), confirmada por la doctrina y jurisprudencia moderna. Tal como lo afirman Georges Vedel y Pierre Delvolvé, ciertamente existen algunos acercamientos entre las teorías civilistas y administrativas de la responsabilidad, pero, si bien no hay una radical originalidad de la responsabilidad pública, al menos sí subsisten varias “serias diferencias” en relación a la responsabilidad privada (*Droit administratif*, París, 1990, p. 545).

responsabilidad no es general, ni absoluta; que ella tiene sus reglas propias que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”. En definitiva, desde la decisión *Blanco*, se ha creado en Francia un impresionante sistema de responsabilidad extracontractual del Estado o responsabilidad administrativa, dirigido resueltamente por la jurisprudencia y basado principalmente en principios de Derecho Público.

Misma perspectiva iuspublicista se observa en España, donde inicialmente se utilizaban normas del Código Civil para los casos de responsabilidad administrativa, pero luego la situación se fue modificando y se comenzaron a utilizar principios propios al Derecho Público, lo que es precisamente la situación actual de la jurisprudencia, bastante consolidada y ejemplar²⁶. Una situación similar sucedió en Colombia, donde en la actualidad la responsabilidad del Estado se estudia y desarrolla a partir de las normas constitucionales y de principios de Derecho Público, habiendo quedado superada la utilización inicial de las normas del Código Civil. Bajo esta perspectiva iuspublicista, el desarrollo de la responsabilidad del Estado en Colombia ha sido extraordinario²⁷, reflejando un sistema moderno y justo cuyo nivel de efectividad es asimilable a los mejores sistemas europeos.

Sobre el particular, debe recordarse que la reforma constitucional en Colombia vino a confirmar y fortalecer la visión autónoma y objetiva de la responsabilidad. Así, poniéndose a la altura del artículo 106.2 de la Constitución española de 1978 (según el cual: “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamien-

²⁶ Sobre el particular, y con referencias al Estado de la jurisprudencia, véase al menos García de Enterría, E. y Fernández, Tomás R. *Curso de Derecho Administrativo*, obra cit.; Leguina Villa, J. *La responsabilidad civil de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983; Garrido Falla, F. y Fernández Pastrana, J.M., *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, Civitas, 1994, pp. 309 y ss.; tamb. Blasco Esteve, A. *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985, p. 189 y ss.; Gil Ibáñez, J. L. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos...*, obra cit., 1994; González Pérez, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, obra cit., 1996; Jiménez Lechuga, J. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el derecho español (una visión de conjunto)*, M. Pons, Madrid, 1999.

²⁷ Vid. Bustamante Ledesma, A. *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Leyer, Bogotá, 1998; Henao Pérez, J.C. *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia...*, obra cit.; Henao Pérez, J.C. “El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés”, Univ. Externado de Colombia, 1998; Hoyos Duque, R. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Bogotá, 1984, p. 80 y ss. Tal como lo ha dicho el Consejo de Estado Colombiano: “La noción de responsabilidad extracontractual y contractual del Estado está estrechamente vinculada al Derecho Administrativo, forma parte integrante de él y se desplaza en su totalidad sobre un régimen jurídico de derecho público... en ese articulado (de la Constitución Nacional) se estructura un sistema jurídico completo, en el cual se regulan todas las hipótesis sobre responsabilidad estatal. Esas disposiciones de derecho público excluyen la posibilidad de regular la responsabilidad del Estado por normas de derecho privado que le son extrañas” (Sentencia del 26 de agosto de 1960). “La responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser estudiada y decidida a la luz de las normas del Código Civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, por encontrar en dicho estatuto, mediante inteligentes y sutiles teorías, las fuentes del derecho positivo, determinantes de la responsabilidad estatal, en materia extracontractual, sus modalidades y alcance... Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución...” (Sentencia del 28 de octubre de 1976).

to de los servicios públicos”), el artículo 90 de la Constitución colombiana de 1991 establece que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Como se notará, el nuevo artículo 140 de la Constitución venezolana de 1999 puede equipararse en su alcance y *vis* a dichas disposiciones, las cuales, de hecho, han sido su fuente directa de inspiración.

Visto lo anterior, no debe llamar a dudas que la autonomía de la responsabilidad administrativa sea también sostenible en Venezuela, por las mismas razones que en el Derecho comparado, entre ellas: originalidad del fenómeno administrativo el cual exige soluciones propias y diferentes a las del Derecho privado; existencia de principios generales y de todo un bloque normativo –constitucional principalmente– propio a la responsabilidad extracontractual del Estado; fundamentos propios a la responsabilidad administrativa –igualdad ante las cargas públicas, la perspectiva de la víctima y la idea de la lesión como criterio general; ciertas diferencias a nivel de los daños, de la relación de causalidad y de la operatividad de las causales de exoneración; particularidades a nivel de la carga probatoria y de las presunciones; etc. Existen, ciertamente, importantes diferencias entre la responsabilidad privada y la pública, por lo que no puede pretenderse aplicar el estatuto civilista a toda la responsabilidad del Estado, la cual tiene muchas reglas propias. Es precisamente en la Constitución, pues, donde debe buscarse el punto de partida la revolución científica requerida en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en Venezuela, institución cuyo desarrollo técnico por parte de la jurisprudencia nacional puede nutrirse de la experiencia jurisprudencial comparada, así como de un diálogo más profundo con la doctrina²⁸. La Constitución de 1999 obliga a encaminarse en tal desarrollo moderno y renovación de la responsabilidad del Estado.

Dentro de este contexto, cabe mencionar que, a la par de tendencias inerciales contrarias, desde hace años la doctrina²⁹ y la jurisprudencia viene destacando la referida autonomía jurídico-pública de la responsabilidad del Estado.³⁰ Asimismo, es menester

²⁸ Sobre la necesidad de este diálogo jurisprudencia-doctrina (nacional-extranjera) en la materia, *vid.* Ortiz-Álvarez, Luis A. *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, Funeda-EJV, Caracas, 1997, en la “Nota Proemial”, pp. 11 y ss.

²⁹ En lo referente a la doctrina, cabe destacar la posición de principio de Enrique Iribarren Monteverde, quien critica la utilización de las normas de Derecho privado y defiende la idea de una responsabilidad *administrativa* basada en normas y conceptos de derecho público. Véase, “¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?”, *Rev. de la PGR*, N° 1, 1986, en especial p. 120 y 130; también del mismo autor “La responsabilidad administrativa extracontractual”, *Rev. UCAB*, N° 44, p. 133 y ss.; aquí Iribarren muestra lo que él llama el proceso de “gestación” de la responsabilidad administrativa. *Vid.* tamb. Ortiz Álvarez, Luis. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995.

³⁰ Así, entre otras sentencias iniciales en las cuales se observan silencios o referencias expresas positivas -ius-publicistas-, pueden consultarse: CSJ, en Sala Político Administrativa, de fechas 25-4-1984, *J.J. Briceño vs. CSE*; 19-04-1987, *Protinal*; 8-8-1990, caso *Carbón C.A. vs. Corpo-Occidente*; 6-6-1991, *Gobernador del Estado Bolívar*; 14-1-1991, *Armando Felipe Melo*; 27-01-1994, *Promociones Terra Cardón C.A.*; 1-12-1994, *Ana F. Alves vs. MARNR*; 6-04-1995, *David Montiel Guillen*; 8-2-1996, *David Galvis Ruiz*; 25-01-1996; *Sermes Figueroa vs. Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado*; 12-12-1996, *Miguel Aizpúrua*, en materias diversas. Pueden también sumarse, entre otras, las sentencias de la CSJ en Pleno de fechas 10-8-1977; 16-6-1980, caso *Cauchos General C.A.*, y de 16-12-1981, *Varios vs. Distrito Sucre del Estado Miranda*; 11 de febrero de 1992; *Ordenanza Especial de Zonificación del Sector El Rosal*.

resaltar un voto salvado del ilustre Magistrado Luis H. Farías Mata a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa de fecha 4 de marzo de 1993 (caso *Silvia Rosa Riera vs. INAVT*), en el cual, en contra del –discutible– criterio de la mayoría de aferrarse a las normas y principio del Código Civil en materia de responsabilidad administrativa, el Magistrado disidente, al estilo del Tribunal de Conflictos francés en su decisión de 1873, manifestaba la necesidad de estudiar esta materia bajo “una perspectiva del estricto Derecho público”, ideas ahora retomadas por sentencias posteriores y por la propia Constitución de 1999.

En relación a lo anterior, también la jurisprudencia inmediata a la promulgación de la Constitución de 1999 se ha pronunciado en defensa y desarrollo del referido sistema moderno y autónomo, bajo una visión esencialmente de derecho público, de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, tal como lo permite el artículo 140 de la Constitución.³¹

Asimismo, incluso muy recientemente³² se han dictado importantes decisiones que han ratificado y afinado el sistema de responsabilidad patrimonial por las diversas actividades estatales, por lo que, salvo ocasionales contradicciones, es ya casi una constante la visión jurisprudencial moderna –al menos en la teoría– de la autonomía ius-publicista de la responsabilidad del Estado.

5. *La responsabilidad del Estado debe ser estudiada desde una perspectiva amplia y pro-cives en favor de los particulares y no de la Administración*

El contenido y amplitud de las normas constitucionales, obliga a estudiar a la responsabilidad del Estado desde una perspectiva amplia, sustantiva y procesal, favorable

³¹ *Vid.*, e.g. TSJ-SPA, 2-5-2000, casos *Cheremos y Otros/Elecentro* -en materia de muertes por electrocución o por accidentes con cables o bienes de empresas eléctricas, siendo destacable la mayor y más justa valoración de los daños morales; tamb. TSJ-SPA, 15-6-2000, *Germán Avilés/Eleorienteelectrocución y quemaduras por explosión de un transformador de una empresa eléctrica*; otorgando una indemnización de 50 millones de bolívares por daño moral y, adicionalmente, de forma interesante e innovadora, condenando al demandado a una indemnización adicional en renta, consistente en una pensión vitalicia de 50 unidades tributarias. Sin embargo, respecto a los daños materiales por lucro cesante se incurre en un formalismo excesivo y errado, al negarse el lucro cesante -vista la incapacidad permanente para trabajar- por considerarse que el demandante no había probado cuál era su trabajo y su sueldo al momento del accidente. Esta visión, además de formalista, es técnicamente un evidente error jurisprudencial. Como es sabido, la procedencia y determinación de los montos de las indemnizaciones por lucro cesante por incapacidades, no depende de la prueba de un trabajo y sueldo al momento del accidente, pues, por una parte, aun en ausencia de prueba, el juez puede perfectamente establecer un parámetro comparativo -como, por ejemplo, el sueldo mínimo oficial o el promedio de remuneración en la rama y rango del afectado- y, por otra parte, aun en los casos en que la víctima no estaba trabajando ello no impide la reparación por este rubro ya que lo que el parámetro a utilizar no es la producción efectiva de un sueldo sino la capacidad o posibilidad de productividad, estando presente un daño futuro pero cierto. En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia comparada -como la colombiana- suele indemnizar lucro cesante aun en el caso de que la víctima no estaba trabajando, sea porque se trataba de un menor o porque simplemente se estaba desempleado. Sobre esto, *vid.* Ortiz-Álvarez, Luis A. *El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995, p. 98; tamb. Henao Pérez, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Univ. Externado de Colombia, 1998.

³² *Vid.*, e.g., sentencia N° 608 de fecha 29 de mayo de 2018 del TSJ-SPA (caso *Luz Marina Miranda*); sentencia N° 597 de fecha 29 de mayo de 2018 del TSJ-SPA (caso *María de los Remedios Ferreira Barros vs. Instituto Autónomo de Policía Administrativa del Municipio Chacao*); y sentencia N° 513 de fecha 1 de agosto 2019 de TSJ-SPA (caso *Carlos Antonio Honoré*).

a las víctimas, y no solamente en el plano de las declaraciones formales sino en el plano práctico del reconocimiento real de la misma en los dispositivos judiciales y en la ejecución de las sentencias y en la definitiva reparación integral de los daños, siendo improcedentes las interpretaciones restrictivas o sobre-protectoras del Estado.

A pesar de ello, salvo algunos excesos en los cuales se ha pasado al otro extremo (CPCA, 26-7-2005, caso *Sindicato Agrícola* –en el cual probablemente no procedía la indemnización ordenada–), la jurisprudencia mayoritaria ha venido manteniendo posiciones restrictivas –y como tales inconstitucionales–, estando presente un porcentaje muy bajo de declaraciones con lugar de las demandas de daños y perjuicios. A título de ejemplo, y dentro de una considerable gama de sentencias clásicas en las cuales se rechazan demandas evidentemente procedentes, las sentencias del TSJ-SPA de fechas 15-5-2001, caso *Carmona*; 25-3-2003, *Avianca*, 26-3-2003, *American Airlines*, 20-3-2003, *Aerolíneas Argentinas* y 13-7-2004, *Lacsa*; u otras en las cuales simplemente no se estudia el fondo de los casos concretos; 28-11-2001, *Cif/Pinco-Corimon*; o en las cuales se confunden o no se explican los conceptos utilizados, 11-6-2003, *Eleoccidente*; o muchas otras en las cuales se estudian las pruebas de manera restrictiva o excesivamente formal o se siguen aplicando y favoreciendo los dogmas o prerrogativas estatales inconstitucionales sobre costas, antejuicio administrativo, ausencia de derechos adquiridos, inembargabilidad, etc.

No obstante, como hemos dicho, muchas también han sido las sentencias favorables en las cuales se condena adecuadamente al Estado en daños y perjuicios³³. Dentro de esta jurisprudencia favorable, es ilustrativa la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ de fecha 19-11-2002 (caso *Carmona II*), en la cual, con ocasión de un recurso de revisión que anula una sentencia de otra Sala por restrictiva, se reitera el carácter amplio e integral del sistema resarcitorio estatal y, de capital importancia y efectos interpretativos para el correcto e inmediato desarrollo del tema, se afirma que la responsabilidad del Estado no está montada a favor de la Administración sino, “a favor del administrado” por lo que son preceptivas las interpretaciones *pro cives* y progresistas. La elocuente doctrina de la sentencia que, por tratarse de una sentencia de la Sala Constitucional, es vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo y para todos los tribunales de la República, según expresamente lo dispone el artículo 335 de la Constitución, es la siguiente:

“...tratándose la responsabilidad patrimonial del Estado de una garantía constitucional inherente a todo Estado de Derecho, consagrada a favor del particular afectado por la conducta administrativa dañosa, la misma debe ser interpretada por los jueces en forma progresiva y amplia, a favor del administrado.

³³ Siendo de destacar, por ejemplo, las referidas y célebres sentencias del TSJ-SPA del año 2000 en los casos *Elecentro* y *Eleorient*, y otras posteriores de dicha Sala (por ejemplo, sentencia de 9-10-2001, caso *Hugo Betancourt*) aun cuando a veces sean discutibles algunos de los conceptos utilizados. También de interés es la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 9-6-2000 (caso *Alí Quiñones Medina*). Asimismo, en materia procesal, es de destacar la sentencia de la Sala Constitucional de 18-2-2004 (caso *Margarita Stelling*) en la cual se declara la inconstitucionalidad de la condenatoria en costas de los particulares en los casos en los cuales los entes públicos no pueden ser condenados en costas, así como las sentencias de la Sala Político Administrativa que, ante el vacío legislativo, establecieron el régimen de competencias materiales y por la cuantía en caso de demandas de daños y perjuicios contra los estados y municipios (TSJ-SPA, 2-9-2004, caso *Importadora Cordi*).

Del análisis de la normativa constitucional vigente, infiere esta Sala que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño.

...los principios consagrados en la Constitución... prevén el establecimiento de un régimen amplio, integral y objetivo de la responsabilidad del Estado que se erige en garantía de los particulares frente a las actuaciones dañosas de la Administración.

No puede considerarse, en criterio de esta Sala, que la intención del Constituyente haya sido la de erigir la responsabilidad del Estado como una garantía prevista a favor de la Administración, y en protección del erario público. Por el contrario, su consagración constitucional en términos expresos, directos y objetivos exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido progresista a favor del administrado, como corresponde a toda garantía constitucional en un modelo de Estado de Derecho y de Justicia”.

En definitiva, como directamente se desprende del bloque de normas constitucionales y de algunas sentencias líderes, es convincente la nueva visión moderna de la responsabilidad del Estado en Venezuela, al menos en el plano formal/teórico, siendo el próximo paso, el cual sigue pendiente, llevar el instituto resarcitorio a su maximización práctica en todos los campos.

IV. REFLEXIÓN FINAL

En conclusión, es posible constatar que la Constitución de Venezuela, desde 1999, estableció las bases teóricas de la responsabilidad patrimonial del Estado de la manera más amplia y moderna posibles.

En propósito, son categóricos y acordes con las tendencias modernas, los artículos 26, 30, 49, 140 y 259 de la Constitución, normas autosuficientes y de aplicación directa relativas a la responsabilidad directa del Estado, al derecho a la tutela judicial efectiva y al control pleno del Estado por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, normas reforzadas por toda una gama de preceptos del mismo texto. La contundencia implacable de las normas constitucionales es convincente y no deja lugar dudas sobre la fuerza y amplitud del sistema.

Se trata, como hemos visto, de un sistema mixto y, por tanto, su carácter objetivo es solo relativo, no absoluto, en el sentido de que, en ciertos casos, el mismo permite imputar daños al Estado por sus actuaciones normales o lícitas, pero tal posibilidad es sólo un complemento de las situaciones en las cuales solamente se pueden imputar daños a través de la demostración de un funcionamiento anormal. El sistema, pues, ostenta una naturaleza mixta o combinada, en el cual coexisten y se complementan el régimen de responsabilidad sin falta o por funcionamiento normal y el régimen de responsabilidad por falta o por funcionamiento anormal, los cuales en su conjunto configuran un sistema global e integral de responsabilidad por todas las actividades estatales.

Tales previsiones constitucionales de la responsabilidad estatal han venido, pues, a fortalecer el derecho de los particulares –y a la vez obligar a los jueces a garantizar tal derecho– a su integridad patrimonial frente a la actividad –o inactividad– de los entes públicos, en todas las funciones estatales (administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas y electorales).

Con ello, por vía refleja –sino directa– se ha venido a fortificar la noción misma de Estado de Derecho y de Justicia y, también, la idea misma de democracia.

Por lo pronto, sin embargo, para retomar una conocida expresión, puede decirse que la Constitución todavía es sólo una *hoja de papel*, bien escrita en lo que respecta a este tema, pero que sólo se ha aplicado en algunos casos excepcionales o selectivos. Toca ahora a la sociedad y los jueces implementar y generalizar, de forma real, práctica y efectiva, la posibilidad de demandar y obtener condenas patrimoniales en contra del Estado y de ejecutar efectivamente las sentencias.

Tal como ha sucedido en el Derecho comparado, tanto en Europa como en Latinoamérica, es de esperar que en Venezuela el desarrollo de la responsabilidad del Estado conlleve a un mejoramiento de los servicios públicos y a una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos e inversionistas.

Toda sociedad que pretenda ser moderna, civilizada y democrática postula por sí misma el desarrollo plenario y efectivo (no mutilado, refrenado o meramente teórico) de un sistema de responsabilidad patrimonial de Estado. La reconstrucción de Venezuela, por tanto, depende en buena medida del firme desarrollo de este principio fundamental del derecho público.

43. PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ESTATALES

Jacqueline T.T. LEJARZA A.*

Resumen: El principio de la universalidad del control judicial sobre los actos estatales es uno de los de mayor trascendencia del derecho público junto al principio de supremacía constitucional, pues encierran la esencia del Estado democrático moderno. Dicho principio deviene de la necesidad de ampliar y garantizar el control de la constitucionalidad y legalidad de todos los actos estatales y la tutela judicial efectiva de los derechos y las garantías de los administrados, se concreta a través de un amplio y vigoroso sistema de Justicia Constitucional y Justicia Contencioso-Administrativa; en un control integral de *todos* los actos del Estado, es decir, los dictados en ejercicio de todas sus funciones; en una vasta gama de motivos de impugnación y en un extenso repertorio de mecanismos judiciales que pueden ser ejercidos ante las prenombradas jurisdicciones. El desarrollo de este tema nos lleva a concluir en la necesaria reestructuración y reforma del Poder Judicial como rama del Poder Público que debe garantizar los valores superiores del ordenamiento, tales como: la *dignidad humana*, la *libertad*, la *justicia* y la *seguridad jurídica*. Sólo así podremos lograr un auténtico “*rediseño del Estado*” que materialice la Justicia y la democracia.

Palabras claves: Supremacía, universalidad, control, actos estatales, autonomía, “*Estado judicialista*”, “*rediseño del Estado*”.

Abstract: The principle of the universality of judicial control over state acts is one of the most important in public law, along with the principle of constitutional supremacy, since they contain the essence of the modern democratic state. Said principle comes from the need to expand and guarantee the control of the constitutionality and legality of all state acts and the effective judicial protection of the rights and guarantees of those administered, is specified through a broad and vigorous system of Constitutional Justice. and Contentious-Administrative Justice; in an integral control of all the acts of the State, that is to say, those dictated in exercise of all its functions; in a vast range of grounds for challenge and in an extensive repertoire of judicial mechanisms that can be exercised before the pre-named jurisdictions. The development of this topic leads us to conclude on the necessary restructuring and reform of the Judiciary as a branch of the Public Power that must guarantee the highest values of the law, such as: *human dignity*, *freedom*, *justice* and *legal security*. Only in this way can we achieve a true “*redesign of the State*” that materializes Justice and democracy.

* Prof. Investigadora en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. Caracas-Venezuela y Valencia-España. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Católica del Táchira (1996). Diplomado en Derecho Americano, Contratación, Litigio Internacional y Arbitraje, Florida International University (2014). Máster en Márketing Político y Comunicación Institucional, Universidad Católica de Valencia-España (2018). Máster en Derecho Deportivo, Universidad de Valencia-España (2019). Correo electrónico: jacqlejarza@hotmail.com.

Una primera versión de este trabajo (inédita) fue galardonado con Mención Especial en el Primer Foro Iberoamericano de Juristas. Universidad de Salamanca-España (2006).

Key words: Supremacy, universality, control, state acts, autonomy, “*judicial State*, “*redesign of the State*”.

INTRODUCCIÓN

Abordar el tema propuesto surge de nuestra vocación por el estudio del sistema de derechos y libertades que a través del sistema de Justicia Constitucional y Justicia Administrativa, estamos convencidos, garantiza con mayor efectividad su vigencia en el marco de un modelo de Estado necesariamente Democrático, de Derecho y obviamente de Justicia.

El principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales es uno de los de mayor trascendencia del derecho público junto al principio de supremacía constitucional (tal vez, el más omnicompreensivo), junto al de la formación del derecho por grados y el de la separación orgánica del Poder Público.

Con ocasión y en homenaje a la edición de los *Cien Números de la Revista de Derecho Público* editada por la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, el Profesor Allan R. Brewer-Carías consideró de trascendental importancia hacer un análisis de los principios del derecho público en la Constitución venezolana de 1999, que según indica, “*recogió los principios fundamentales del derecho público que se fueron construyendo por la doctrina y la jurisprudencia durante las décadas de vigencia de la Constitución de 1961*”.¹

En nuestra opinión, de esos diez principios que allí analiza el Maestro Brewer-Carías magistralmente, tres de ellos serían irrenunciables: el de *supremacía constitucional*, *separación orgánica del poder público* y el de la *universalidad del control jurisdiccional de los actos estatales*, pues ellos encierran la esencia del Estado democrático moderno y el resto de los principios de alguna manera, derivarían de cada uno de ellos.

En efecto, el principio de la supremacía constitucional deviene del carácter vinculatorio y fuerza superior del Texto Fundamental, puesto que, la “*Constitución es una norma –la norma superior–, ella es de aplicación directa y preferente, ella deroga y hace nula toda norma que la contradiga y el resto de las normas inferiores deben interpretarse de conformidad con ella.*”²

En razón de lo anterior, dicho principio de supremacía constitucional es el presupuesto indispensable para que se concrete el principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales teniendo en cuenta que, “*el carácter normativo y la supremacía constitucional implican el sometimiento de todos los actos estatales a la Constitución, con la consecuente nulidad de todos los actos contrarios a la misma, nulidad que será declarada por el poder jurisdiccional.*”³

¹ Brewer-Carías, Allan R., *Los principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo)*. Editorial Jurídica Venezolana. Cuadernos de la Cátedra N° 17. Caracas 2005, p. 10. Recuperado el 13 de mayo de 2020 de <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/PRINCIPIOS-FUNDAMENTALES-DEL-DERECHO-P%C3%A9ABLICO-2005.pdf>.

² Ortíz-Álvarez, Luis A. y Lejarza A., Jacqueline T., *Constituciones Latinoamericanas*. Biblioteca de la Academia de Ciencia Políticas y Sociales. Caracas (1997), p. 42.

³ Ortíz-Álvarez, Luis A. y Lejarza A., Jacqueline T..., *ob. cit.*, p. 43.

En efecto, surge así desde el punto de vista formal, el principio de la universalidad del control judicial para garantizar la constitucionalidad y legalidad de *todos los actos estatales*.

Los **actos estatales** a los que nos concretaremos en este trabajo son aquéllos *dictados en ejercicio de todas las funciones del Estado* y que en virtud del principio de la formación del derecho por grados, serán actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o dictados en ejecución directa e inmediata de la Ley, es decir, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Por consiguiente, al referirnos al **control judicial** tomaremos como base conceptual aquél derivado de los dos grandes sistemas de control judicial de los actos estatales, esto es: el control que ejerce tanto la jurisdicción constitucional como el ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Acerca del plan seguido para el estudio de este artículo y teniendo en consideración que esta Obra colectiva se publica para conmemorar los veinte años de vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y a los fines de reflexionar acerca de la aplicación y escasa justificabilidad que la misma ha tenido y por tanto, sobre la necesidad de plantear nuevas políticas, bases y fórmulas democráticas para enfrentar los desafíos actuales para la defensa de los principios fundamentales del derecho público (Constitucional y Administrativo), consideramos innecesario profundizar sobre los aspectos *estrictamente* doctrinarios del principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales, por haber sido estudiados en extenso y comentados con magistral pluma por muchos de los destacados juristas que conforman esta edición. Por ello, en su lugar, preferimos orientar nuestro pequeño aporte hacia una visión más global que estimamos de trascendental importancia y necesidad para enfrentar los desafíos actuales y dirigir nuestros esfuerzos hacia la reformulación del entramado político-constitucional, en otras palabras, para el “*rediseño del Estado*”.

A tales fines, hemos dividido el estudio de este trabajo en tres partes esenciales o capítulos: la **primera parte (I)**, acerca del **carácter constitucional del Poder Judicial y su engranaje en la pentadivisión del Poder Público en Venezuela**. En ella, reseñamos los caracteres fundamentales que nuestro Texto Fundamental de 1999 y la doctrina constitucional adjudican al Poder Judicial como una constante para garantizar el principio de constitucionalidad y legalidad y por ende también, el Valor esencial de la Libertad. Por tanto, su estudio será concluyente para nosotros diagnosticar el estado actual de nuestro Sistema de Justicia y determinar cuáles son los desafíos que tenemos por delante para superar el espejismo de legitimidad y de legalidad democrática de las cuales adolecemos, sistema de justicia éste que ha sido incapaz de garantizar el Estado de Derecho y menos aún, el modelo contemporáneo de Estado de Justicia o según la consagración del Texto Fundamental de 1999: “*El Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*”.

En la **segunda parte (II)**, que consideramos neural en este estudio, pretendemos establecer el **alcance de la función jurisdiccional con respecto al control de los actos estatales** y en función de ello, revisaremos los caracteres esenciales del principio en referencia previstos en la estructura orgánica de la Constitución venezolana de 1999 y desarrollados por la Legislación para así precisar, desde una óptica muy personal, la trascendencia, desarrollo y necesidad de reformular la teoría clásica de separación orgánica de los poderes para determinar el alcance de dicho control jurisdiccional y por consiguiente, del principio bajo estudio.

Finalmente, conforme con el objetivo de esta Obra colectiva, en la **tercera parte (III)**, nos abocamos a replantear la **responsabilidad y los desafíos del Poder Judicial en los nuevos esquemas de distribución horizontal del poder público y como consecuencia, la posibilidad de “rediseñar el Estado”**, dado que, *prima facie*, se puede asegurar que el Poder Judicial está inmerso en la misma crisis socio-política que vive el Estado junto a los otros Poderes y que es esta situación la que impone necesariamente, un examen profundo y global de la llamada *crisis de la justicia*.

Como puede observarse entonces, si bien el título de este artículo está referido al principio de la universalidad del control jurisdiccional de los actos estatales, hemos visto la necesidad de enfocar nuestro trabajo en una relación muy estrecha con otros principios fundamentales del derecho público que serán estudiados y expuestos separadamente por destacados catedráticos en esta Obra colectiva, tales como, el principio de supremacía constitucional, el principio de la formación del derecho por grados; que de alguna forma deriva para nosotros del anterior, dado que refiere el nivel de ejecución de las normas constitucionales y finalmente, el principio de separación orgánica de poderes o de distribución horizontal del Poder Público, pues consideramos que la referida *crisis de la justicia* atraviesa todas las instituciones del Estado y por consiguiente, sólo mediante el pensamiento complejo podemos abordar el problema.

I. CARÁCTER CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL Y SU ENGRANAJE EN LA PENTA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO EN VENEZUELA

El Capítulo III del Título V (artículos 253 al 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), desarrolla los postulados fundamentales por los cuales se rige el Poder Judicial en Venezuela. Fundamentalmente, este Título se dedica a caracterizar el Poder Judicial bajo los siguientes parámetros:

1. *La titularidad de la potestad jurisdiccional*

El artículo 253 de la mencionada Constitución de 1999, consagra la potestad jurisdiccional, denominada expresamente en dicho artículo como la “*potestad de administrar justicia*”, potestad ésta que no se limita a la resolución de conflictos entre las partes, como originalmente fue concebida sino que, constituye un deber y poder que se expresa mediante la función de juzgar (potestad de decir el Derecho) y en la función jurisdiccional ejecutiva o de ejecución (potestad de hacer cumplir las resoluciones judiciales).

De manera que, esta función jurisdiccional está atribuida a los órganos del Poder Judicial como su competencia propia, aunque no exclusiva ni excluyente. Así como, la función administrativa y de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo, y la función normativa como propia al Poder Legislativo, aunque ninguna de ellas se ejerza de manera exclusiva ni excluyente por ninguno de los órganos a los que incumbe su ejercicio.

A esta manifestación del ejercicio del Poder Público que además sienta una de las bases constitucionales de nuestro Derecho Público⁴, se ha referido insistentemente el

⁴ Brewer-Carías, Allan R., *Instituciones Políticas y Constitucionales*, t. II. Universidad Católica del Táchira/ Editorial Jurídica Venezolana. San Cristóbal-Caracas 1996, p. 115.

Profesor Brewer-Carías. En especial, queremos citar un extracto de su Discurso proferido con ocasión a las Jornadas celebradas en su honor por la Universidad Externado de Colombia, en su trabajo presentado en aquella ocasión: *Los Poderes, órganos y funciones del Estado y los actos administrativos: A propósito de la publicación de mi “Derecho Administrativo” por la Universidad Externado de Colombia:*

“No hay coincidencia entre los órganos del Estado y las funciones estatales, de manera que su ejercicio no es exclusivo y excluyente de los diversos órganos (...); y tercero, que tampoco hay coincidencia entre las funciones del Estado y los actos estatales que emanan de su ejercicio, de manera que los actos estatales son dictados en ejercicio de todas las funciones del Estado y no solo en ejercicio de una de ellas”.⁵ (Negritas nuestras).

Como hemos indicado, la Constitución de 1999, novedosamente distingue entre el Poder Judicial y el Sistema de Justicia, acotando que los órganos que conforman el primero (sin indicarlos) les corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional.

Señala que 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 auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participen en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.⁶

2. *El principio de legitimidad democrática*

El segundo dato que caracteriza el Poder Judicial venezolano es el *principio de legitimidad democrática*.

Aun cuando este principio no se encuentra consagrado de manera particular en casi ninguna Constitución, bajo el esquema de separación orgánica de poderes que establece el Texto de la Constitución de 1999, pensamos que su consagración expresa deriva del principio de soberanía popular de la cual emanan todos los poderes del Estado.

Conforme al orden constitucional establecido por el Texto Fundamental de 1999, el Poder Judicial es uno de los cinco Poderes y en virtud de sus órganos el pueblo ejerce asimismo su soberanía, de allí que disponga expresamente que *“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley”*.

3. *La autonomía e independencia judicial*

El tercer elemento fundamental que debe caracterizar al Poder Judicial lo encontramos dispuesto en el artículo 254 de la Constitución en referencia, que dispone la *au-*

⁵ Brewer-Carías, Allan R., *Los Poderes, órganos y funciones del Estado y los actos administrativos: A propósito de la publicación de mi “Derecho Administrativo” por la Universidad Externado de Colombia*. Recuperado el 9 de mayo de 2020 de <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/1000.-941.-Poderes-y-funciones-del-Estado-y-actos-administrativos.-Externado-Bogot%C3%A1-mayo06.pdf>.

⁶ Segundo aparte del artículo 253 de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpressa en *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.423 del 24 de marzo del 2000.

tonomía e independencia del Poder Judicial y específicamente, establece la autonomía **funcional, financiera y administrativa** del Tribunal Supremo de Justicia, acordando para ello la asignación dentro del presupuesto general del Estado, de una partida anual variable no menor del dos por ciento (2%) del presupuesto ordinario nacional para su efectivo funcionamiento.

Sin duda, esta norma define el límite indispensable que ha de establecerse entre las funciones que ejercen cada uno de los órganos del Poder Público. En este sentido, es connatural al Estado Constitucional, la necesaria independencia que deben conservar los órganos entre sí; primordialmente, la del Poder Judicial para cumplir efectivamente sus *funciones de control sobre las actuaciones de los otros Poderes*. En consecuencia, esta disposición se encuentra en concordancia con la establecida en el artículo 136 *eiusdem*, que consagra el sistema de distribución orgánica del Poder Público.

En Venezuela actualmente, el Poder Público se encuentra distribuido singularmente, bajo una *pentadivisión* entre: Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral⁷, rompiendo así con la trilogía clásica de división de poderes consagrada prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos, desde su concepción por Montesquieu como mecanismo para limitar el ejercicio del Poder y garantizar la Libertad.

El Profesor Brewer-Carías sobre la mencionada pentadivisión del Poder Público adoptada en la Constitución de 1999, indica:

*“Estos cinco conjuntos orgánicos teóricamente se encuentran separados teniendo cada uno sus competencias específicas, los cuales deberían ser autónomos e independientes entre sí, lo que sin embargo, no ha sido efectivo en los años de aplicación de la Constitución por el marco autoritario y contradictorio que tiene el propio Texto fundamental. Lo que es importante destacar ahora de este esquema, es que se buscó constitucionalizar la tendencia que se observa en casi todos los países contemporáneos de venir estableciendo en la Constitución, en paralelo a los tres clásicos poderes del Estado, diversos órganos que han sido progresivamente dotados de autonomía funcional, y con funcionamiento independiente de los clásicos poderes, como también se pueden identificar en la Constitución colombiana. **Lo único que hemos hecho en Venezuela es estructurarlos definitivamente como otros poderes públicos.**”⁸ (Negrillas y subrayado nuestro).*

En nuestra opinión muy personal, este esquema de distribución orgánica del Poder Público fue tomada por el Constituyente de 1999, bajo el influjo y el ideario o pensamiento constitucional del Libertador Simón Bolívar y que al contrario a lo que ha sido la práctica de nuestros tiempos, fue concebida en aquel entonces, en virtud de la necesidad de reforzar y proteger las buenas costumbres y la moral republicana, bajo la concepción de un CUARTO PODER o PODER MORAL, propuesto por el Libertador en el célebre DISCURSO DE ANGOSTURA (1819), el cual estaría integrado por un Presidente y cuarenta miembros que con el nombre de AREÓPAGO⁹, y ejercería sus potestades no sólo

⁷ Artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Idem*.

⁸ Brewer-Carías, Allan R., *Los Poderes, órganos y funciones del Estado... ob. cit.*, p. 7 y 8.

⁹ “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

sobre las costumbres públicas sino sobre la educación. Dicho Areópago se compondría por dos Cámaras: *la de la Moral y la de la Educación*. La primera, encargada de castigar los vicios con el oprobio y la infamia y de premiar las virtudes públicas con los honores de la gloria; la segunda, estaría encargada de velar por la educación física y moral de los niños desde su nacimiento hasta los doce años.¹⁰

Actualmente, en la Constitución venezolana de 1999, se encuentra previsto el Poder Ciudadano como un **órgano censor** que comprende la *Contraloría General de la República*, La *Fiscalía General de la República* y el *Defensor del Pueblo*, los cuales conforman a su vez, el denominado CONSEJO MORAL REPUBLICANO.

Para nosotros, lo relevante de este tema es que indistintamente del esquema de distribución orgánica del Poder Público que se diseñe éste será el eje central sobre el cual se construye el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, como modelo del Estado Moderno. Surge así el papel que han de cumplir los órganos del Poder Judicial como *garantes del Estado de Derecho*.

4. *El principio de colaboración*

Dentro de este esquema de distribución orgánica del Poder Público, se impone también el principio de colaboración entre los órganos para el mejor ejercicio de sus funciones, el cual consiste en la obligación que tienen las demás autoridades de la República de prestar a los jueces la colaboración que éstos requieran. Sin lugar a dudas, este principio determina la autoridad conferida por el Constituyente al Poder Judicial, ya que frente a las potestades jurisdiccionales: *Juzgar y ejecutar lo juzgado*, todos los sujetos y las organizaciones se sitúan en una posición de sometimiento y vinculación.

Por otra parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra ciertos principios que además de caracterizar al Poder Judicial en general, caracterizan específicamente a sus funcionarios y que bien pueden denominarse *principios rectores de la carrera judicial*, como instrumento asegurador de la *independencia y autonomía* de los jueces, los cuales, se encuentran establecidos en el artículo 225 *eiusdem*. Esta norma es la plataforma indispensable para el libre desenvolvimiento de la misión democrática de los jueces: actuar con plena libertad puesto que su estabilidad estará garantizada.

Entre estos principios destacan el ingreso por concurso a la carrera judicial (profesionalización de los jueces); el principio de *inamovilidad*, estableciendo la imposibilidad de separar, suspender o trasladar a los jueces sin observar las garantías previstas en la ley; el régimen de incompatibilidades, el cual hace referencia al carácter apolítico que deben tener los jueces en el ejercicio de sus funciones. De allí, que se vean exentos del ejercicio de otros cargos públicos y la prohibición de ser activistas políticos, partidistas, gremiales o sindicales y el principio de responsabilidad de los jueces, ya que son perso-

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.” *Modello Romano e Formazione del Pensiero Politico de Simón Bolívar*. Edizioni Scientifiche Italiane. Italia 1995, p. 22 y ss.

¹⁰ La Roche, Humberto J., “Simón Bolívar y su concepción del Poder” en *Bolívar Filósofo, Político y Legislador*. Instituto de Filosofía del Derecho L.U.Z. Maracaibo-Venezuela 1982, pp. 170 y ss.

nalmente responsables al igual que todos los funcionarios que ejercen el Poder Público. Los jueces son responsables en el ejercicio de sus funciones. En base a ello se sostiene el principio dual de independencia-responsabilidad, ya que los jueces son independientes porque deben asumir sus funciones con responsabilidad.

II. ALCANCE DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL CON RESPECTO AL CONTROL DE LOS ACTOS ESTATALES

1. *Del principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales en la estructura orgánica de la Constitución venezolana de 1999*

Desarrollar el tema del principio de la universalidad del control judicial sobre los actos estatales en la estructura orgánica de la Constitución de 1999 requiere para nosotros, de algunas precisiones teóricas importantes para comprender el alcance de la función jurisdiccional en su justa medida.

En primer término, el mencionado principio deviene de la necesidad de ampliar el control judicial a los fines de **garantizar el principio de la constitucionalidad y legalidad y la tutela judicial efectiva de los derechos y las garantías** de los administrados.

En el mismo sentido, el Profesor José Ignacio Hernández al referirse al control que ejerce particularmente la jurisdicción contencioso-administrativa, indica que “*La consolidación del principio de universalidad del control judicial de la Administración (...) se lleva a cabo con la deliberada intención de ampliar el control judicial de la Administración para garantizar el principio de legalidad, pero también, y quizás más tímidamente, con la intención de incrementar las garantías jurídicas del ciudadano en este sistema*”.¹¹

Hemos dicho también, que el principio de la universalidad del control judicial sobre los actos estatales es uno de los de mayor importancia en el Derecho público, precisamente por estar íntimamente relacionado con los principios de *supremacía constitucional* y el *principio de la formación del Derecho por grados* y también, conexas al *principio de separación orgánica de poderes*.

Para nosotros,¹² insistimos, son principios esenciales e irrenunciables en todo Estado de Derecho: El principio de supremacía constitucional, el cual conlleva como consecuencia fundamental *el control jurisdiccional de la constitucionalidad* y el principio de separación orgánica de poderes, *máxima garantía del sistema de derechos y libertades públicas*.

En palabras del Profesor Brewer-Carías¹³, el comentado principio de la universalidad del control judicial sobre los actos estatales es una “*consecuencia de los principios*

¹¹ Hernández G., José Ignacio, “Treinta años de Justicia Administrativa en Venezuela” Conferencia leída en las *Jornadas Treinta años de control judicial de los poderes públicos en Venezuela*” (en conmemoración al 30° aniversario de la Revista de Derecho Público). *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 149, 2010. p. 155. Recuperado el 9 de mayo de 2020 de http://aciropol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2010/BolACPS_2010_149_145-167.pdf.

¹² Lejarza A., Jacqueline T., “El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 1. Editorial Sherwood. Caracas 1999, p. 212.

¹³ Brewer-Carías, Allan R., *Los principios fundamentales del derecho público...*, ob. cit., p. 147.

de supremacía constitucional, de formación del derecho por grados y de legalidad” y en virtud de ello, “todos los actos estatales están sometidos a control judicial, por lo que **en el ordenamiento jurídico venezolano no hay actos estatales excluidos de control**”. (Subrayado y negritas nuestras).

Esta garantía del control judicial de todos los actos estatales se obtiene a través de un *eficiente* funcionamiento del sistema de Justicia Constitucional y el de Justicia Administrativa, los cuales, por lo menos, se encuentran recogidos con propiedad en el *Texto* de la Constitución de 1999.

Por ello, hemos indicado también inicialmente, que el **control judicial** al que hacemos referencia es aquél derivado de los dos grandes sistemas de control judicial de los actos estatales, producto a su vez del principio de la formación del derecho por grados, esto es, el control que ejerce tanto la jurisdicción constitucional como el ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ciertamente, bajo la arquitectura constitucional del Constituyente de 1999, se encuentra previsto un *sistema ejemplarmente amplio de control jurisdiccional* a través de un **sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad** que recoge todos los avances y el legado de la doctrina desarrollada y divulgada por destacados juristas venezolanos y de la jurisprudencia, fundamentalmente de la entonces Corte Suprema de Justicia, construida durante los años de vigencia de la Constitución venezolana de 1961.¹⁴

Dicha Corte ejercía un *control concentrado* de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango legal por la entonces Sala Plena y actualmente, bajo los postulados de la Constitución de 1999, que siguió las tendencias del constitucionalismo contemporáneo¹⁵, entre ellas, la de incorporar nuevas instituciones de control, creó la Sala Constitucional como órgano especializado en el seno del ahora denominado Tribunal Supremo de Justicia, Sala ésta que lleva ahora la hegemonía del mencionado control concentrado de la constitucionalidad y sus decisiones tienen carácter *erga omnes*.

Así, esta labor asumida por esos órganos especializados de la jurisdicción constitucional, con tal amplitud y alcance, encuentra su justificación en la concepción normativa de la Constitución y por consiguiente, en la de justiciabilidad del ordenamiento constitucional¹⁶, todo ello, como resultante del orden de valores que vincula directamente a los tres clásicos poderes del Estado, un *orden axiológico* que ha de ser considerado anterior a la Constitución y que consecuentemente, no ha sido creado por ésta, que sólo se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo fundamento último se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental.¹⁷

¹⁴ Ver en este sentido, los aportes y comentarios del Profesor Brewer-Carías, Allan R. en *Los principios fundamentales del derecho público...*, *ob.cit.* También, acerca de la evolución progresista de “*la universalización del control judicial de la Administración*” entre los años 1980 y 1990, en la jurisdicción contencioso-administrativa, ver Hernández G., José Ignacio, “Treinta años de Justicia Administrativa en Venezuela”..., *ob. cit.* (2010).

¹⁵ Acerca de las tendencias del constitucionalismo contemporáneo, ver el estudio comparado introductorio de Ortíz-Álvarez, Luis A. y Lejarza A., Jacqueline T., en las Constituciones Latinoamericanas ..., *ob. cit.*, p. 15 y ss.

¹⁶ Lejarza A. Jacqueline T., “El carácter normativo de los principios y valores...”, *ob. cit.*, p. 198.

¹⁷ Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*. Perú 1994, p. 40.

Este control concentrado en el ordenamiento venezolano, tiene como fundamento los artículos 266, 334 y 336 de la vigente Constitución y atribuyen en exclusividad, como se ha indicado, la competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia “*para declarar la nulidad por inconstitucionalidad, de las leyes y demás actos de los cuerpos deliberantes de carácter nacional, estatal o municipal dictados en ejecución directa de la Constitución, así como de los actos con rango legal dictados por el Ejecutivo Nacional.*”¹⁸

Paralelamente, la Carta Fundamental también recoge en el citado artículo 334, el *control difuso* de constitucionalidad ejercido por todos los Tribunales de la República, los cuales, en el ámbito de sus competencias, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.

Con anterioridad a la entrada en vigencia del Texto Fundamental de 1999, coexistían también ambos sistemas de control de la constitucionalidad. Este control difuso tenía y sigue teniendo un fundamento legal en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Civil, conforme al cual, el Juez debe aún de oficio, inaplicar las leyes y demás actos estatales normativos cuando estime que son inconstitucionales y en estos casos, sus decisiones tienen efectos *inter partes*.

Dejando clara la amplitud del sistema de control ejercido por la Justicia Constitucional, debemos precisar que conforme a los avances de la jurisprudencia y de la doctrina nacional, producto de los años de vigencia de la Constitución de 1961, la *jurisdicción contencioso-administrativa* también se caracteriza por su amplio alcance para tutelar efectivamente todas las situaciones jurídicas lesionadas por contrariedad al derecho.

Esta jurisdicción se encuentra consagrada actualmente en Venezuela en el artículo 259 de la Constitución de 1999, cuyo texto es el siguiente:

“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determina la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Esta norma constitucional se fundamenta en el artículo 206 de la Constitución venezolana de 1961, y dicha jurisdicción contencioso-administrativa se ejerce actualmente por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y otros tribunales establecidos por la Ley.

El Profesor Brewer-Carías¹⁹ afirma que “*la importancia del texto del artículo 259 de la Constitución, y su jurisdicción, implicó una serie de condicionantes en relación*

¹⁸ Brewer-Carías, Allan R, *Los principios fundamentales del derecho público...*, ob. cit., p. 148.

¹⁹ Brewer-Carías, Allan R., *El control de la actividad administrativa en el Derecho venezolano* New York, 2017, p. 13. Recuperado el 15 de mayo de 2020 de <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/07/938-.art.-Brewer.-EL-CONTROL-DE-LA-ACTIVIDADADMINISTRATIVA-2017.pdf>.

con su desarrollo legislativo, que fueron los que informaron en general las disposiciones de la Ley Orgánica de 2010” y básicamente los condensa en los siguientes: El principio de la especialidad de la Jurisdicción; el principio de la universalidad del control como manifestación del sometimiento del Estado al derecho y el principio de la multiplicidad de los medios de control como manifestación del derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva.

Conforme a lo anterior, ha quedado claro que en la estructura orgánica diseñada por el Constituyente de 1999, el principio de la universalidad del control judicial sobre los actos estatales se refiere, tanto al ejercido a través del amplio sistema de Justicia Constitucional, como al ejercido mediante el sistema de Justicia Administrativa, los cuales serán desarrollados con amplitud y exhaustividad por reconocidos juristas en esta Obra colectiva.

Por otra parte, en relación al principio de la universalidad del control judicial cabe indicar, que los “**actos estatales**” sobre los cuales éste recae o la materia objeto de control son aquéllos actos *dictados en ejercicio de todas las funciones del Estado* y que en virtud del principio de formación del derecho por grados, derivado del nivel de ejecución de las normas constitucionales, serán actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o dictados en ejecución directa e inmediata de la Ley, es decir, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución.

Es así, que los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución están sujetos al control de constitucionalidad ejercido por la Jurisdicción Constitucional y los dictados en ejecución directa e inmediata de la Ley, y de ejecución indirecta y mediata de la Constitución, se encuentran sujetos al control de constitucionalidad y de legalidad ejercido por las otras Jurisdicciones y específicamente, los actos administrativos que siempre son de rango sublegal, son controlados por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia nacional recogida en el Texto Fundamental de 1999, la universalidad del control judicial se refiere entonces, a todos los actos dictados en ejercicio de todas las funciones del Estado ya que en Venezuela no hay coincidencia entre poderes públicos y órganos del Estado y tampoco hay coincidencia entre órganos estatales y las funciones del Estado. Es decir, que *los actos estatales son dictados en ejercicio de todas las funciones del Estado y no siempre en ejercicio de una sola.*²⁰

*“En cuanto a la distinción entre los actos estatales, no siendo posible realizarla globalmente conforme al criterio orgánico, ya que no hay total coincidencia entre los órganos del Estado y los actos que se dictan por los mismos; ni conforme al criterio funcional, pues tampoco hay coincidencia entre el ejercicio de las funciones del Estado y los actos que emanan de su ejercicio; debe recurrirse al más que clásico principio de la formación del derecho por grados derivado del nivel de ejecución de las normas constitucionales, lo que por lo demás **origina los dos grandes sistemas de control judicial de los actos estatales: la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Contencioso Administrativa**”.*

²⁰ Brewer-Carías, Allan R., *Los poderes, órganos y funciones del Estado y los actos administrativos...*, ob. cit., p. 23.

Conforme a lo anterior, no podemos definir los actos estatales desde el punto de vista orgánico ya que no hay concordancia entre órganos estatales y actos, ni desde el punto de vista funcional, porque tampoco hay concordancia entre el ejercicio de las funciones y los actos.

Tenemos entonces que, conforme con el principio de la universalidad del control judicial: las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley, los decretos-leyes, los actos administrativos, sean estos generales o particulares e incluso, los actos de gobierno no escapan de control jurisdiccional.

A su vez, resulta propicio mencionar que en el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia consagrado en las Constituciones contemporáneas, adoptadas fundamentalmente en Latinoamérica hacia la década de los noventa, fue erradicada la discusión decimonónica acerca de la exclusión de control de los denominados “actos políticos” o “actos de gobierno”, los cuales, por ser dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución están sujetos necesariamente al control concentrado de la constitucionalidad que ejercen los Máximos Tribunales o Tribunales especializados en el sentido antes expuesto.

Al respecto, el Maestro Agustín Gordillo²¹, sobre el modelo de Justicia Constitucional argentino señala lo siguiente:

“¿Puede admitirse en el derecho argentino una categoría de actos del Poder Ejecutivo que no sean susceptibles de revisión judicial?. El solo planteamiento de la cuestión conlleva su respuesta. Nuestro sistema constitucional exige que los habitantes tengan siempre acceso a una instancia judicial al menos, en la cual ventilar sus reclamos: Es un aspecto del requisito de la defensa en juicio, establecido en el art. 18 de la Constitución (...) Ese principio constitucional de tan clara formulación no es exceptuado en norma expresa constitucional alguna: A lo sumo se confieren ciertas facultades amplias al Poder Ejecutivo, pero nunca se afirma en artículo alguno que el acto del Poder Ejecutivo en consideración está exento de revisión judicial.”

Bajo el sistema de Justicia Constitucional consagrado en el Texto Fundamental de 1999, es contundente y categórico el control concentrado de constitucionalidad que ejerce concretamente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre los mencionados actos de gobierno, en virtud que son considerados con dicha naturaleza, todos aquéllos dictados por el Ejecutivo en ejecución directa e inmediata de la Constitución como por ejemplo, la concesión de indultos

Los referidos actos de gobierno por ende, son distintos a aquéllos que son dictados por el mismo Ejecutivo pero en ejecución directa e inmediata de la Ley, como es el caso por ejemplo, de los Reglamentos que al ser manifestaciones de la actividad administrativa de carácter general, tampoco escapan de control, pero en este caso, están sujetos al control de constitucionalidad y legalidad que ejerce la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal, dentro del Sistema de Justicia Contencioso-Administrativa.

Asimismo, en relación al control ejercido por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debemos señalar que bajo las últimas tendencias del contencioso-

²¹ Gordillo, Agustín Alberto, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo*. t. 8, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 2013, p. 423 y ss. Recuperado el 5 de junio de 2020 de https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf.

administrativo en Venezuela, plasmadas en el citado artículo 259 de la Constitución de 1999, absolutamente **toda manifestación de la actividad administrativa es objeto de control jurisdiccional**.

En tal sentido, compartimos la posición del Profesor José Araujo-Juárez²² acerca de la conveniencia o propiedad de referirnos al control que ejerce el Sistema de Justicia Administrativa sobre *toda* la “actividad administrativa” sin que sea necesario enunciar los actos objeto de control (ámbito objetivo de aplicación), a la manera como quedó explícito en el artículo 8 la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 2010.

Por otra parte, el principio de la universalidad del control judicial sobre los actos estatales también aplica sobre los **motivos de impugnación**, pues conforme a los postulados constitucionales y en virtud de dicho principio, es perfectamente controlable cualquier acto estatal contrario a derecho, es decir, por *razones de inconstitucionalidad* o por *razones de ilegalidad* como indicamos *supra*, y por consiguiente, ante ambos sistemas de Justicia: la Constitucional o la Contencioso-Administrativa, dependiendo que el acto írrito (inconstitucional o ilegal), sea de aquellos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como por ejemplo las leyes o en ejecución directa e inmediata de la Ley, es decir, de ejecución indirecta y mediata de la Constitución, como es el caso de los actos administrativos, todo ello en concordancia con el principio de la formación del derecho por grados.

Así mismo, acerca de los medios de control o **mecanismos de impugnación**, la universalidad del principio en referencia radica en poner al alcance de todas las personas un elenco de recursos o acciones para fortalecer, materializar y hacer efectiva la *tutela judicial*, derecho fundamental éste que bajo la influencia de la doctrina nacional e internacional tuvo gran desarrollo jurisprudencial mediante la interpretación del artículo 68 de la Constitución de 1961 y cuyo contenido axiológico se encuentra consagrado actualmente en el artículo 26 de la Constitución de 1999 que contempla el **derecho a la tutela judicial efectiva**, como un auténtico derecho fundamental y por tanto, justiciable, en el sentido que asegura el acceso de todas las personas ante los órganos jurisdiccionales para exigir sus derechos, incluso los colectivos o difusos y garantías, cuando éstos han sido vulnerados mediante cualquier acto estatal por ser contrarios a derecho, es decir, entendido en su acepción más amplia, como fue indicado.

En efecto, además de la acción popular por inconstitucionalidad propia del control concentrado de constitucionalidad ejercida individualmente o conjuntamente con la acción de amparo constitucional y los amparos autónomos, también ante la Justicia Administrativa se pueden ejercer además del clásico recurso de nulidad contra los actos administrativos generales o individuales, las demandas contra los entes públicos, es decir, contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en

²² Ver Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, “El ámbito objetivo de aplicación del control de la jurisdicción contencioso-administrativa a la luz de la obra de José Araujo-Juárez. Luces y sombras del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 12. Caracas 2019, p. 253. Recuperado el 28 de mayo de 2020 de [http:// www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/12/rvlj_2019_12_201-254.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/12/rvlj_2019_12_201-254.pdf)

cuanto a su dirección o administración, recursos de interpretación de las leyes y otros medios judiciales que serán desarrollados en extenso en otros artículos de esta Obra, así como el tema de los amplios poderes acordados por la Constitución de 1999 a los Jueces ante cada una de estas jurisdicciones y también, su desarrollo, alcance y perspectivas, ya que éste no es el objeto de nuestro trabajo.

Concluyendo así esta primera parte del Capítulo II, hemos referido que el principio de supremacía constitucional es el presupuesto indispensable para que se concrete el principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales teniendo en cuenta que, “*el carácter normativo y la supremacía constitucional implican el sometimiento de todos los actos estatales a la Constitución, con la consecuente nulidad de todos los actos contrarios a la misma, nulidad que será declarada por el poder jurisdiccional.*”²³

En efecto, el principio de universalidad del control judicial como se ha indicado deviene de la necesidad de ampliar y garantizar el control de la constitucionalidad y legalidad de todos los actos estatales y la tutela judicial efectiva de los derechos y las garantías de los administrados.

En resumen, dentro del esquema constitucional vigente, el principio de la *universalidad* del control judicial de los actos estatales se traduce en un amplio y vigoroso sistema de Justicia Constitucional y de Justicia Contencioso-Administrativa, en un control integral de todos los actos estatales en el sentido expuesto, en una vasta gama de motivos de impugnación y en un extenso repertorio de mecanismos judiciales o medios de impugnación que se pueden ejercer ante las prenombradas jurisdicciones a fin de tutelar efectivamente los derechos y las garantías de las personas.

2. *De la trascendencia, desarrollo y necesidad de reformular la teoría clásica de la separación orgánica de los poderes para determinar el alcance del principio de la universalidad del control jurisdiccional*

Luego de veinte años de estudio acerca de la forma como erradicar el Absolutismo, Montesquieu construyó la clásica doctrina de separación de los poderes, después de analizar las ideas de sus antecesores más cercanos como Bodino, Hobbes y Locke y de los clásicos: Platón, Aristóteles, Cicerón y Polibio.

En opinión del constitucionalista venezolano Ángel R. Fajardo²⁴ a Montesquieu le debemos la teoría de la separación de poderes y sólo de él es el mérito de haberle dado bases imperecederas a las fórmulas expuestas por sus antecesores, así como de haber razonado los propósitos perseguidos por este sistema que consiste en que el “Poder límite al Poder”.

La doctrina clásica de división de los poderes concebía la supremacía del Poder Legislativo sobre los otros Poderes sometidos serenamente al imperio de la Ley. El Poder Judicial carecía de la fuerza y eficacia necesaria para controlar a la Administración y para incidir en la labor creadora del Derecho.

En consecuencia, muchos autores contemporáneos al referirse a los sistemas de gobierno que se han originado precisamente, por la superposición de un poder a otro

²³ Ortíz-Álvarez, Luis A. y Lejarza A., Jacqueline T..., *ob. cit.*, p. 43.

²⁴ Fajardo H., Ángel R., *Compendio de Derecho Constitucional*, Lex. Caracas 1990, p. 247 y ss.

dentro del sistema de separación orgánica de los poderes, siguen reflejando y abogando por preservar la superioridad del Poder Legislativo sin menoscabo claro está, de la necesaria participación de los otros poderes.

En este orden de ideas, la Profesora Ángela Figueruelo, ha indicado: “*si el Parlamento es el primero y más importante de los poderes del Estado se debe a su composición, a la forma en que obtiene información y la convierte en un acto político o normativo. Pero, además el Parlamento, órgano de deliberación y de creación de la voluntad del Estado, hace falta el gobierno en cuanto órgano de ejecución de dicha voluntad que asegura la gestión política diaria de un país. Al tratarse de un órgano que ejecuta una voluntad ajena, está claro que las exigencias de legitimidad democrática no tienen porqué ser las mismas que las que se necesitan para la configuración del Parlamento.*”²⁵

No obstante, el referido carácter preponderante del Legislativo y la necesaria intervención del Ejecutivo en la ejecución de las políticas públicas en las últimas décadas, ha sufrido modificaciones al irrumpir el Poder Judicial concretamente, con una fuerza determinante, ejerciendo un cúmulo de funciones que le permiten controlar y fiscalizar todas las actuaciones de los otros órganos que ejercen el Poder Público.

Consideramos que este cambio se origina a raíz de las últimas tendencias del Constitucionalismo que pregonó y desarrolló el carácter normativa de la Constitución, resultando en consecuencia necesario el fortalecimiento del Poder Judicial ante los abusos y excesos de los otros poderes y es así que, a partir de ese momento, se le acuerdan poderes especiales a los operadores de justicia, pues su labor cobra una trascendencia fundamental en la ejecución y efectividad de la Constitución ya que su justiciabilidad depende de la aplicación directa e inmediata que estos órganos jurisdiccionales realicen de sus normas, valores y principios. Sólo así podremos lograr un auténtico “*rediseño del Estado*” que materialice la justicia y la democracia, más allá de los límites de su instrumentalidad.”²⁶

Por ello, el principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales irrumpe como una máxima indispensable para el fortalecimiento del Poder Judicial dado que, “*el carácter normativo y superior de la Constitución ‘condiciona’ y ‘limita’ la actividad de todos los entes estatales, incluso del legislador.*”²⁷

En definitiva, para nosotros, uno de los elementos característicos del Estado Constitucional (moderno Estado Democrático y Social, de Derecho y de Justicia) “*ha sido el ascenso del Poder Judicial a la categoría de auténtico detentador del Poder del Estado*”.²⁸

No obstante, la realidad desborda muchas veces las formas, en específico, en muchos de nuestro países latinoamericanos en los cuales, como es el caso de Venezuela, la

²⁵ Figueruelo Burrieza, Ángela, *Consideraciones sobre el gobierno de legislatura en el sistema parlamentario español*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público N° 47. Colombia 1997, p. 12.

²⁶ Ver Lejarza A., Jacqueline T., “El carácter normativo de los principios y valores...”, *ob. cit.*, p. 219 y 220.

²⁷ Ortíz-Alvarez, Luis A. y Lejarza A., Jacqueline T..., *ob. cit.*, p. 57.

²⁸ Fernández Segado Francisco, *El sistema constitucional español*. Dickinson, Madrid 1993, p. 753.

Constitución de 1999, resultado de la Constituyente del mismo año, plasmó un sistema de pesos y contrapesos y por tanto equilibrado en “apariencia”, pero también judicialista y garantista del principio de supremacía constitucional y del derecho a la tutela judicial efectiva y sin embargo, lo cierto es, que ese Texto Fundamental se encuentra totalmente divorciado de una realidad en la que impera, por el contrario: la *anarquía*; el *desorden*; el *irrespeto al orden constitucional*; a las *instituciones y sobre todas las cosas, al sistema de derechos y libertades de las personas*.

Por tanto, estimamos que nunca antes como ahora ha cobrado tanta importancia la reestructuración y reforma del Poder Judicial, ya que si bien el Poder Público es uno pero ejercido por un conjunto orgánico, los órganos que integran el Poder Judicial y ejercen actualmente la función jurisdiccional deben resurgir con especial trascendencia para preservar la vigencia del sistema democrático, ya que son ellos los llamados y encargados fundamentalmente de controlar las actuaciones del resto de los Poderes del Estado, más aún en estos tiempos, en los que se han hecho habituales los desmanes del Ejecutivo con actuaciones evidentes de carácter autoritario y dictatorial, siendo imperiosa la manifestación contundente de un Poder Judicial fortalecido más en la práctica y el ejercicio, que en el gélido texto de una Carta Fundamental que corre al margen de la realidad como hemos comentado.

Así las cosas, este protagonismo del Poder Judicial indefectiblemente viene determinado por la urgencia de reformular el Estado como modelo que supera la legalidad formal para dar paso a las más diversas formas de legalidad material que han de concretarse con mayor fuerza mediante el ejercicio de la función jurisdiccional como expresión material de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Lo expuesto, adquiere para nosotros particular importancia pues como se ha indicado, el Poder Judicial adquiere real trascendencia como rama del Poder Público que debe garantizar efectivamente los valores superiores del ordenamiento jurídico, tales como: la *dignidad humana*, la *libertad*, la *justicia* y la *seguridad jurídica*, esenciales al sistema democrático o Estado Constitucional.

Como señalamos anteriormente, el principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales está íntimamente conexo al principio de supremacía constitucional, ya que en virtud del carácter normativo del Texto Fundamental, ambos “*implican el sometimiento de todos los actos estatales a la Constitución, con la consecuente nulidad de todos los actos contrarios a la misma, nulidad que será declarada por el poder jurisdiccional*”.²⁹

Precisamente por ello, nos hemos planteado la impostergable tarea de reestructuración y reforma del Poder Judicial y así también, hemos reflexionado sobre la complejidad de las nuevas relaciones y roles que desempeñan los jueces en el seno de las sociedades contemporáneas. En este sentido, el Maestro Fix Zamudio refiere lo siguiente:

“La Función jurisdiccional en nuestra época se encuentra sujeta a una profunda revisión, en virtud de su creciente complejidad, ya que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos, se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado

²⁹ Ortíz-Álvarez, Luis A. y Lejarza A., Jacqueline T..., *ob. cit.*, p. 43.

contemporáneo, en el cual se han introducido un conjunto de factores sociales, económicos y culturales que deben combinarse en una función que también tiene sentido político, en el sentido de su participación en la toma de decisiones esenciales de los órganos del poder, actividad que generalmente estaba excluída para los tribunales".³⁰ (Negrillas y subrayado nuestros).

Sin duda, se ha incrementado la importancia y complejidad de la función jurisdiccional y de allí que sea necesario no sólo revisar, sino *reformular el sistema de pesos y contrapesos* entre los poderes para constatar objetivamente, más allá del plano estrictamente jurídico o positivo, la potencialidad indiscutible con la que cuenta actualmente el Poder Judicial.

Originalmente, partiendo de la doctrina clásica de separación de poderes, derivado del carácter representativo y democrático, el Poder Legislativo desempeñaba un rol protagónico, aunado a la incuestionable actuación de un Poder Ejecutivo que aseguraba la gestión política diaria, cuestión ésta que como apuntaba la Profesora Ángela Figueruelo,³¹ desde los orígenes del constitucionalismo ha sido una de las cuestiones capitales en la organización jurídico-político del Estado, dando lugar, en consecuencia, a los modelos tradicionales de sistemas de gobierno Parlamentario (europeo) o Presidencial (americano), según los grados de legitimación democrática directa que ostenten el Poder Legislativo y el Ejecutivo.

No obstante lo anterior, consideramos cada vez más necesaria la construcción de un nuevo modelo de *Estado Judicialista*, fundamentado en las bases constitucionales propias que se le vienen proporcionando al Poder Judicial y dotándole de nuevas herramientas, haciéndolo no sólo responsable de la actuación sujeta a derecho del resto de los órganos que ejercen el Poder Público, sino además, con la creación de órganos especializados que ejercen la jurisdicción constitucional y por ende, que se encuentran dentro de la estructura del Poder Judicial, como ha sido el caso durante estas dos últimas décadas de la Sala Constitucional o Sala Cuarta en Costa Rica o la creación de la Sala Constitucional en el seno del Tribunal Supremo de Justicia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Salas éstas que no sólo llevan el control concentrado de las leyes, sino que son los máximos y últimos intérpretes del contenido esencial de los derechos y las garantías consagradas en el Texto Constitucional con carácter vinculante incluso, para el resto de las Salas que conforman el Máximo Tribunal, constituyéndose –para algunos autores– en auténticos legisladores complementarios.

En efecto, "*La doctrina constitucional más contemporánea considera a los tribunales constitucionales órganos políticos negativos y órganos políticos positivos, pues se afirma que son innegables los efectos políticos de los fallos de los tribunales constitu-*

³⁰ Fix-Zamudio, Héctor, "La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional" Ponencia presentada ante el *Simposio Internacional sobre el derecho del Estado*. Santa Fé de Bogotá. Universidad Externado de Colombia (1993). Recuperado el 10 de junio de 2020 de [google.com/search?rlz=1C1CHBD_esES909ES909&source=univ&tbm=isch&q=FIX-ZAMUDIO](https://www.google.com/search?rlz=1C1CHBD_esES909ES909&source=univ&tbm=isch&q=FIX-ZAMUDIO).

³¹ Figueruelo, Ángela. *Ibidem*, p. 12 y ss.

*cionales, porque en realidad la labor del juez constitucional al interpretar y aplicar la Constitución no tiene ni debe porqué estar desvinculada de la realidad que lo rodea.*³²

Así, esta labor asumida por los órganos de la jurisdicción constitucional, con tal amplitud y alcance, encuentra su justificación en los nuevos ordenamientos constitucionales, en la concepción normativa de la Constitución y por consiguiente, en la cada vez más necesaria **justiciabilidad del ordenamiento constitucional**.³³ Todo ello, como resultante del orden de valores que vincula directamente a los tres clásicos poderes del Estado. Un orden axiológico que ha de ser considerado anterior a la Constitución y que, consecuentemente, no ha sido creado por ésta, que sólo se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo fundamento último se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental.³⁴

Bajo esta misma perspectiva vale la pena referir, que en el derecho comunitario cobra singular importancia el tema de la fuerza vinculante de los principios. Así en el marco de discusión del proceso constituyente europeo se indicaba que: *“Europa está integrándose en virtud de principios generales, ideales, valores y reglas comunes y compartidas, y no en virtud de la fuerza, de la guerra o del poder, los principios cumplen un papel primordial al proporcionar sentido a los sistemas normativos complejos como el sistema jurídico (...) Se trata de principios que puedan aportar a Europa los instrumentos necesarios para crecer y vertebrarse en toda su diversidad. El identificarlos exige una labor interpretativa y creativa de reconstrucción de la doctrina de las fuentes, de las normas y del ordenamiento jurídico europeo partiendo de un análisis de todos los instrumentos jurídicamente relevantes escritos y no-escritos, formales e informales, jurisprudenciales, doctrinales. Ello requiere también una discusión conceptual sobre los principios y sobre el constitucionalismo.”*³⁵

Conforme con lo anterior, no queda más que replantearnos el *status* adquirido por estos máximos órganos de administración de justicia y la necesidad de establecer y reforzar un sistema de pesos y contrapesos o equilibrio entre poderes, que refleje el rol fundamental que viene desempeñando actualmente el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales como garantes del funcionamiento de las instituciones y del pleno ejercicio de los derechos y libertades de los particulares, claro está, cuando su funcionamiento es efectivo.

Para nosotros, todo ello nos conduce a la necesidad de revertir algunos de nuestros postulados dogmáticos a fin de preservar la vigencia del Estado Constitucional y tal vez, porqué no?, a reforzar un modelo de Estado Judicialista, por encima de un modelo Parlamentario o Presidencial.

No obstante, diversos juristas se muestran detractores de esta propuesta, a manera de ejemplo, entre ellos, el Consejero Permanente del Consejo de Estado español y Ma-

³² Lejarza A., Jacqueline T., “El carácter normativo de los principios y valores...”, *ob. cit.*, p. 219.

³³ Lejarza A., Jacqueline T., “El carácter normativo de los principios y valores...”, *ob. cit.*, p. 198.

³⁴ Fernández Segado Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*. Perú 1994, p. 40

³⁵ Bengoetxea, Joxerramon, *La Europa de Peter Pan. El Constitucionalismo Europeo en la Encrucijada*, Administración de la Comunidad Autónoma de Euzkadi. Oñati 2005, p. 49 y ss.

gistrado Fernando Ledesma Bartret³⁶, pues considera que, “*puede conducir a muy peligrosos excesos*”, a pesar de reconocer y aceptar que, “*ha llegado el momento de reorientar el proceso y abordar un cambio de modelo*”, ya que, “*La administración de justicia se encuentra inmersa en la actualidad en un proceso de transformación que sólo puede alcanzar su objetivo modernizador si se aborda de manera global y coherente. Las nuevas tecnologías permiten un funcionamiento más ágil de todos los servicios administrativos e imponen modelos más eficientes de organización.*”

Incluso recientemente, un grupo de prestigiosos juristas venezolanos se han reunido para disertar precisamente, acerca de la necesidad de reformular el Estado venezolano y rediseñar el sistema de gobierno, proponiendo un modelo parlamentario ante la gran crisis de ingobernabilidad e irrespeto hacia las instituciones democráticas y a los derechos y a las garantías de los ciudadanos que padece actualmente nuestro País.

III. RESPONSABILIDAD Y DESAFÍOS DEL PODER JUDICIAL EN LOS NUEVOS ESQUEMAS DE DISTRIBUCIÓN DEL PODER PÚBLICO Y “REDISEÑO DEL ESTADO”

Para el sistema político democrático, un Poder Judicial ineficiente, y más que ello, ineficaz e indiferente es sinónimo de la pérdida de Libertad y del normal desenvolvimiento del Poder Público, de sus órganos e instituciones en toda su magnitud. En el orden constitucional-democrático, la Constitución de la República de 1999 consagra un régimen de libertades públicas, establece derechos y garantías de las personas sean éstas naturales o jurídicas, define las competencias atribuidas a cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público y los órganos a los que incumbe su ejercicio, para que siguiendo el reparto de atribuciones propias, más no exclusivas ni excluyentes, en el sentido antes indicado, actúen en colaboración para la realización de los fines Estado.

No obstante, estos órganos del Poder Público en el desempeño de sus funciones deben **preservar el equilibrio** requerido como máxima garantía del sistema de derechos y libertades públicas.³⁷

En este juego de equilibrio y colaboración de funciones, es evidente el importante rol que *debe* desempeñar el Poder Judicial como garante de la Constitución que en definitiva se traduce en garantía de la Libertad.

Sobre este punto resulta interesante citar al Maestro Agustín Gordillo ³⁸:

“Si la división de poderes resultara en que cada poder hace lo que le parece en su esfera sin frenos ni contrapesos, sin control de los otros poderes, entonces no se cumpliría la finalidad de la división de los poderes, que es refrenar y limitar el ejercicio para que él no pueda ser abusado. (Es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él: Eso sigue hasta que encuentre límites, decía también Montesquieu).

³⁶ Ledesma Bartret, Fernando, Prólogo al libro de Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa del siglo XXI*, Tirant Lo Blanch. Valencia 2013, p. 14 y 16.

³⁷ Lejarza A., Jacqueline T., “El carácter normativo de los principios y valores...”, *ob. cit.*, p. 212.

³⁸ Gordillo, Agustín Alberto, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo...*, *ob. cit.*, p. 50.

*En consecuencia, lo esencial de la división de poderes es la división de funciones, y no sólo la división en órganos; una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es verdaderamente **garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.***” (Negrillas y subrayado nuestro).

Coincidimos plenamente en su apreciación puesto que, en definitiva, el sistema de separación de poderes surge con ocasión de limitar el poder omnímodo del Monarca a los meros fines de garantizar los derechos y libertades de las personas. Por ello, al margen de este ingenioso y riguroso sistema ideado por Monstequieu, que repetimos insistentemente desde nuestra apreciación formal del esquema orgánico de la Constitución, estimamos que, ya es hora de desplazarnos más y enfocarnos en la finalidad material perseguida por este esquema de distribución del Poder Público como nos advierte el Maestro Gordillo, es decir, como mecanismo para garantizar la Libertad.

Estimamos que un importante paso consiste en destacar la verdadera función de los *derechos fundamentales* y la necesaria **protección reforzada** que los mismos ameritan, la cual, como sabemos, se le ha encomendado con la mayor amplitud a los órganos jurisdiccionales.

En efecto, “*Considerados en abstracto que los derechos fundamentales son, en primer lugar, fin en sí mismos y expresión de la dignidad humana que sólo se puede funcionalizar de manera limitada*”. Son la “*conditio sine qua non*” del Estado constitucional democrático.³⁹

La función de los derechos fundamentales en el Estado de Derecho “*significa en sentido material ante todo seguridad de la libertad del individuo mediante un conjunto de derechos individuales y reservas limitativas del Estado, los derechos fundamentales en sentido subjetivo son, primordialmente, derechos de defensa frente al Estado, así como barreras y directrices para la actuación estatal: están llamados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a los ataques del poder público.*”⁴⁰

Por consiguiente, para nosotros, un *ideal democrático* del Sistema de Justicia, en su acepción más amplia, debe descansar sobre un trípode o tres bases: *igualdad, libertad y garantías de los ciudadanos*. La democracia se fundamenta ciertamente en el ideal de igualdad, pero a ningún Estado democrático le ha sido fácil traducir ese ideal en la igualdad absoluta. Todavía no podemos formular el principio de la igualdad en términos más específicos que los de Aristóteles al conceptualizar la Justicia como trato igual para los que son iguales ante la Ley.

Sobre este tema el Profesor Brewer-Carías viene escribiendo desde hace algunos años, incluso antes de la celebración de la Asamblea Constituyente y de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, es así que durante el Discurso de Orden en la Sesión Solemne en el Palacio de las Academias, con motivo de la celebración del V Centenario de Venezuela, el día 7 de agosto de 1988, nos advertía acerca de la necesidad de reformular el Estado venezolano y rediseñar el modelo o sistema político, pero en todo caso, de que el nuevo esquema debía descansar necesariamente sobre el modelo demo-

³⁹ Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 136.

⁴⁰ Schneider, Hans Peter..., *ob. cit.*, p. 137.

crático. En concreto, en aquella oportunidad expuso: “*La conclusión de la crisis terminal en la cual nos encontramos (...) no es otra que reconstruir el sistema político, para lo cual **no sólo debe seguir siendo democrático, sino ser más democrático.***”⁴¹ (Negritas nuestras).

En dicho discurso, el aludido Profesor también se refirió a la “revolución pendiente” según la expresión utilizada por el entonces Rector de la UCAB Luis Ugalde S.J., y asimismo, nos alertó antes de las aciagas elecciones presidenciales del 6 de diciembre de 1988 que resultara electo el Ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías de lo siguiente: “*desde el punto de vista político tiene que quedarnos claro, en este momento, que lo más peligroso para la democracia no es que gane un candidato u otro, sino el que no se transforme la propia democracia y pretenda edificarse un nuevo régimen que la suprima y tenga como sustento el uso arbitrario de la fuerza*”. (Subrayado nuestro).

Sin duda, para nosotros, esta advertencia del Maestro Brewer-Carías resultó profética, además de quedar aún pendiente la auténtica “revolución” a la que se refería el Rector Ugalde, la cual a su decir, debe estar dirigida a “*la superación de la pobreza y (...) la recuperación de la eficacia del Estado en sus tareas más específicas y propias.*”⁴²

En el mismo sentido, reiteramos⁴³ que la democracia es sin duda alguna, el sistema político o forma de gobierno, elegido por la mayor parte de la humanidad para garantizar la tutela efectiva de los derechos y la participación ciudadana, pero avanzar en dirección a ella requiere un *rediseño profundo del Estado*, para lo cual es necesario descentralizar, crear transparencia en la gestión pública, desburocratizar, favorecer todas las formas de cogestión de los ciudadanos, activar instituciones de participación permanente como los referéndum, favorecer mecanismos de renovación constitucional, etc., pero esta propuesta de Estado, para nosotros, *sólo es realizable a través de la funcionalidad de un sistema integral de interpretación, defensa y control de la constitucionalidad*, que con el transcurrir de la historia político-constitucional venezolana, nos convencemos cada vez más, depende del adecuado funcionamiento, responsabilidad y garantía del Poder Judicial.

Conforme con lo anterior, podemos sostener que la función judicial está sustentada de manera indefectible en la interpretación y aplicación *adecuada* de la Constitución y de la Ley, y así debe ser entendido, por quienes están investidos del poder de juzgar.

En tan sentido, las interpretaciones constitucionales de la Sala Constitucional, de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y de los demás Tribunales de la República tienen una trascendencia fundamental en la *realización, ejecución y efectividad* de la Constitución. Sólo así podremos lograr un auténtico “*rediseño del Estado*”, que materialice la justicia y la democracia, más allá de los límites de su instrumentalidad.⁴⁴

⁴¹ Brewer-Carías, Allan R., *Cinco Siglos de Historia y un País en Crisis*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comisión Presidencial V Centenario de Venezuela. Caracas 1998, p. 104.

⁴² Brewer-Carías, Allan R., *Idem*, p. 114 y 115.

⁴³ Lejarza A., Jacqueline T. “El carácter normativo de los principios y valores...”, *ob. cit.*, p. 220.

⁴⁴ Ver Lejarza A., Jacqueline T., “El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999”..., *ob. cit.*, p. 219 y 220 y sobre el tema del *rediseño del Estado* consultar Fliksberg Bernardo,

Sin embargo, el Poder Judicial está inmerso en una situación de crisis socio-política que vive el Estado todo, junto a los otros Poderes. Esta situación, aunada a la existencia de un pasivo en relación a la eficacia del Poder Judicial, como garante de los derechos y las garantías que le han sido consagrados al ciudadano, impone un examen de la llamada *crisis de la justicia*.

Los primeros esfuerzos y trabajos sistematizados para diagnosticar este problema los podemos situar hacia la década de los noventa a cargo de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado-COPRE, conjuntamente con el considerable apoyo otorgado hacia el año 1993 por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo-BID, en cuyos proyectos y programas de *Reforma Judicial para Latinoamérica*, resultó siempre favorecida Venezuela.

Sin embargo, debemos reconocer con honestidad, ya que fuimos devotos seguidores de tales propuestas, estudios, Jornadas, Talleres y encuentros que se realizaron a lo largo y ancho de nuestro País y ante diversos escenarios, no solo académicos, sino gremiales, estrictamente institucionales y políticos, que los objetivos propuestos no fueron alcanzados, tal vez por falta de voluntad política para su concreción y que como sucede con frecuencia y así lo venimos advirtiendo desde el inicio, la realidad se impuso a las formas, desde aquella época en la que se discernía sobre nuevas estrategias para reformular la distribución de los Poderes Públicos, incluso acerca de la necesidad de cambio del sistema de gobierno presidencial por otro que ofreciera mayor gobernabilidad y garantías al ciudadano, por un sistema *semipresidencial*, propuesto insistentemente en aquél entonces por el Profesor Carlos Ayala Corao, ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵ con la propuesta de incorporación de la figura de un Primer Ministro como jefe de gobierno, además del Presidente o jefe de estado de manera semejante al sistema francés y que permitiera un mayor balance de pesos y contrapesos, un mayor control de los poderes del Ejecutivo. Todo esto, ante su innegable repercusión e injerencia en el funcionamiento y eficacia del Sistema Judicial.

Incluso recientemente, ante el desbordado ejercicio autoritario del Ejecutivo y el “secuestro” de los demás Poderes, utilizando la expresión del Maestro Brewer-Carías en sus innumerables artículos, discursos e intervenciones, para referirse al subyugado e inoperante Poder Electoral en Venezuela, se está discutiendo académicamente sobre la composición de un sistema de gobierno parlamentario para la reconstrucción de la República.

Ciertamente, en los últimos tiempos el problema se ha agudizado pues más que nunca nos percatamos de que el mal funcionamiento del Poder Judicial deriva de la subordinación al Gobierno en particular y al poder político en general.

Consideramos que la denominada politización del Poder Judicial requiere para solventarla, algo más que reformas positivas o del ordenamiento, pues caeríamos nuevamente en la búsqueda de meras soluciones jurídico formales que nos vienen atrapando

El rediseño del Estado. Una perspectiva internacional. México. Instituto Nacional de Administración Pública de México 1996, p. 50.

⁴⁵ Consultar para ampliar esta información Ayala Corao, Carlos, *El régimen presidencial en América Latina y los planteamientos para su reforma: Evaluación crítica de la propuesta de un Primer Ministro.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1992.

desde hace años. Estimamos que por el contrario, la referida problemática responde a patrones de conducta más sutiles e invisibles y en este orden de reconocimiento y aceptación del problema deben dirigirse las nuevas estrategias de reforma o de reformulación del Sistema Judicial.

Lo expuesto, aunado a la cuestión presupuestaria, traduce un entorno político que ha hecho del Poder Judicial hoy día, un poder dependiente y subordinado.

Por tanto, es prioritario para el “*rediseño del Estado*”, acorde con los nuevos desafíos que se le presentan al Poder Judicial, rescatar su AUTORIDAD para el normal funcionamiento del aparato estatal ya que sumergidos como estamos en este caos socio-político, el Juez no puede conformarse con la “*autoridad*” que le da la Ley para imponer sus decisiones; debe expresarse de una manera contundente, para que dichas decisiones sean aceptadas por la sociedad y éstas solo lo serán cuando recobren su legitimidad moral, es decir, cuando se traduzcan en Justicia material.

En efecto, “*ha llegado el momento de reorientar el proceso y abordar un cambio de modelo. La administración de justicia se encuentra inmersa en la actualidad en un proceso de transformación que sólo puede alcanzar su objetivo modernizador si se aborda de manera global y coherente.*”⁴⁶

Por ello, en nuestra opinión, nunca antes como ahora, ha cobrado tanta importancia la reestructuración y reforma del Poder Judicial, ya que si bien el Poder Público es uno sólo, pero ejercido por un conjunto orgánico, los órganos que integran el Poder Judicial y ejercen actualmente la función jurisdiccional resurgen con especial trascendencia para la vigencia del sistema democrático, pues son ellos los encargados fundamentalmente de controlar las actuaciones del resto de los Poderes del Estado, más aún en estos tiempos en que se han hecho habituales los desmanes del Ejecutivo con actuaciones evidentes de carácter autoritario y dictatorial, siendo imperiosa la manifestación contundente del Poder Judicial para reconducir y recobrar, en muchas circunstancias, el hilo constitucional y el orden democrático.

Este protagonismo del Poder Judicial indefectiblemente viene determinado por la urgencia de reformular o rediseñar al Estado, como modelo de organización política y jurídica que supera la legalidad formal, para dar paso a las más diversas formas de legalidad material que han de concretarse con mayor fuerza, para nosotros, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional como expresión material de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Para el logro de estos fines es necesario hacer énfasis en los procesos de selección de los Jueces y de los Magistrados, éstos deben ser de reconocida moralidad y probidad, especializados y a su vez, seleccionados por comités independientes de la sociedad civil.

El “*rediseño del Estado*” que comentamos se basa entonces, en **tres cambios de paradigmas** indispensables para nosotros y que hemos sintetizado de la manera siguiente:

⁴⁶ Ledesma Bartret, Fernando, en el Prólogo al Libro de Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa...*, ob.cit., p. 16.

En la primera parte de este artículo comentamos el complejo diseño de distribución orgánica del Poder Público vigente en el ordenamiento constitucional venezolano que abandona la clásica trilogía de Montesquieu y adopta una penta división que además de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial incorpora el Ciudadano y el Electoral. Sin embargo, consideramos que urge desarrollar un nuevo esquema de distribución orgánica del Poder que garantice la gobernabilidad, el respeto de las instituciones y por ende, el eficiente funcionamiento del Estado.

En esta tarea, apostamos por simplificar ese entramado ínter orgánico, esa comunión *exacerbada* entre funciones y competencias que han venido impidiendo, en nuestra opinión, que su ejercicio sea autónomo e independiente. Por el contrario, hemos visto, que bajo esta excusa y “aparente competencias compartidas”, ha imperado la *desviación de poder*, la *extralimitación* y la *usurpación de funciones* como vicios de nulidad constantes y reiterados en muchos de los actos estatales ejercidos por estos órganos y que ha impedido la funcionalidad del sistema democrático. Por ello, como apuntaba el Maestro Gordillo “*lo esencial de la división de poderes es la división de funciones, y no sólo la división en órganos*”, estimamos que el ejercicio de *funciones propias* sí debe ser exclusivo y excluyente de acuerdo a la naturaleza del órgano que las ejerce y así las competencias de control de la constitucionalidad y legalidad que ejerce el Poder Judicial serían más efectivas.

Por ello, consideramos menester retomar la esencia de la separación orgánica de poderes como sistema de pesos y contrapesos, como límite al ejercicio del Poder, pero sobre todo, como sinónimo de garantía de la Libertad de las personas y así, el primer paradigma consistiría en el nuevo rol que asumen estos derechos y garantías, ya que éstos deben ejercer ahora una especie de fuerza centrípeta, deben conllevar *per se* su efectividad y eficacia en el esquema de control jurisdiccional de los actos estatales conforme al principio que analizamos.

El **segundo paradigma** deriva de la imperiosa necesidad de instaurar un nuevo Poder Judicial fortalecido intrínsecamente, investido de **autoridad, autonomía e independencia** para ejercer la función esencial de controlar la universalidad de los actos estatales en base al principio cuyos caracteres hemos venido desarrollando y en virtud del cual, derivado del principio de supremacía constitucional y el de la creación del derecho por grados, resurge con particular importancia como **tercer paradigma** indispensable para el “*rediseño del Estado*”, ya que asegura el control de constitucionalidad y garantiza en consecuencia, la efectividad y tutela del sistema de derechos y libertades.

44. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN EL CONTROL POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA

Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE*

Resumen: El Estado de Derecho que tiene a la Constitución como norma, demanda el cumplimiento y aplicación de la misma por todos los órganos que ejercen el Poder Público y por las personas que se encuentran dentro del ámbito espacial en que se desenvuelve. Con la finalidad de garantizar la supremacía constitucional y el ejercicio de los derechos fundamentales el ordenamiento constitucional reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y establece tanto los órganos jurisdiccionales como los procesos que sirven para materializar la vigencia de aquella y la efectividad de estos.

Palabras claves: Constitución – Justicia constitucional – Poder judicial – procesos de constitucionalidad.

Abstract: The Rule of Law, which has the Constitution as a norm, demands the fulfillment and application of it by all the organs that exercise Public Power and by the people who are within the spatial scope in which it operates. In order to guarantee constitutional supremacy and the exercise of fundamental rights, the constitutional order recognizes the right to effective judicial protection and establishes both the jurisdictional bodies and the processes that serve to materialize the respect of that and effectiveness of these.

Key words: Constitution – Constitutional justice – Judiciary – constitutional processes.

I. INTRODUCCIÓN

Estas palabras iniciales las dedico a felicitar la iniciativa de esta publicación y a agradecer a los dos maestros venezolanos Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez, por la invitación a participar en esta obra con motivo de los 20 años de la publicación de la Constitución, cuyo texto y espíritu ha sido sistemáticamente destruido por los miembros del régimen que usurpa el poder en la actualidad, lo que conducirá como sucede con cada final de ciclo histórico-político, a la derogación de la misma como signo del fin de una época oscura y el inicio de una nueva con el restablecimiento de la democracia republicana.

Sabiendo que ello sucederá así, concomitantemente al restablecimiento de la democracia, el Estado de Derecho y de la garantía de los derechos humanos, tal como ocu-

* Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (Venezuela), fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP) y presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE). www.hernandezmendible.com

rrió al final del *adolfato* se borrarán todos aquellos símbolos que durante esta época infame han pretendido destruir la identidad nacional, como lo constituyen el uso y abuso del nombre y la imagen deformada del Libertador, la modificación del Escudo de Armas de la República y por supuesto se volverá a izar la verdadera bandera nacional, el tricolor siete estrellas de la República de Venezuela.

Todos estos serán cambios muy importantes que evidenciarán la vuelta a la libertad, pero ello deberá hacerse acompañado de un marco de juridicidad adecuado, para que no se den saltos al vacío al momento de pretender construir la nueva institucionalidad.

Es por ello que luce necesario entender la institucionalidad que se va a cambiar, cómo fue teóricamente concebida, por qué no funcionó o qué fue lo que funcionó mal y qué valdría la pena rescatar de ser posible y lo que debe ser eliminado de manera definitiva, con la finalidad de progresar con paso firme en el establecimiento del nuevo Estado democrático de Derecho.

En razón de ello, en este trabajo se efectuarán las reflexiones generales de como debieron actuar los órganos que ejercen el Poder Público, en cumplimiento de su deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, y en particular como debió actuar el Poder Judicial para garantizar tanto la supremacía de la Constitución, como el respeto y ejercicio efectivo de los derechos constitucionales.

El supraprincipio republicano de gobierno¹ supone que el sistema de control de la actividad e inactividad de los órganos que ejercen el Poder Público, cuando actúan en desarrollo de la función legislativa, administrativa o jurisdiccional corresponde efectuarla al Poder Judicial, con sujeción a la Constitución y las leyes, es decir, que el modelo de control se inserta en el calificado como sistema judicialista².

Es así como en la actualidad el control de la función legislativa, administrativa o jurisdiccional lo efectúan los órganos que ejerce el Poder Judicial, a través de los procesos constitucionales y administrativos desarrollados en las respectivas leyes, constituyéndose estas en los instrumentos a través de los que se garantiza tanto el ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva como del debido proceso³.

Esto tiene particular relevancia en la Constitución de 1999, que desde la perspectiva de los derechos fundamentales vino a ampliar el catálogo de derechos anteriormente reconocidos; y que en el ámbito procesal se tradujo en la denominada constitucionaliza-

¹ Hernández-Mendible, Víctor R. "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, Netbiblo-Junta de Castilla y León, Valladolid-Salamanca, 2008, p. 676.

² En la doctrina científica venezolana puede consultarse Brewer-Carías, Allan R. *Nuevas Tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, p. 13; Linares Martínez, Aurilivi. "Ámbito y objeto de la jurisdicción contencioso administrativa: Hacia la consolidación de tribunales de plena jurisdicción", *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 295. "La explicación del sistema judicialista en la República Argentina" puede leerse en Cassagne, Juan Carlos. "El sistema judicialista argentino", *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 49-72; y posteriormente, Tomás Hutchinson, *Derecho Procesal Administrativo*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp. 347-380.

³ Artículo 49 de la Constitución.

ción del proceso en general, con su consecuente proyección sobre el proceso administrativo y el proceso constitucional⁴.

La materialización de lo señalado se aprecia en el hecho que ambos derechos: tutela judicial efectiva y debido proceso, han sido objeto de reconocimiento expreso en la norma suprema, tanto al otorgársele jerarquía normativa constitucional a las convenciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos⁵⁻⁶, válidamente suscritos y ratificados por la República, como al hacer mención textual y directa a tales derechos en el propio ordenamiento constitucional.

Es así como la Constitución reconoce como integrante de la misma a los convenios internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos y ratificados por la República, instrumentos –repto– a los que la misma norma suprema reconoce jerarquía constitucional⁷, disponiendo su aplicación y vigor en el ámbito interno luego de ratificados y promueve la configuración de un proceso tramitado ante tribunales competentes, independientes y predeterminados por la ley, que permitan el ejercicio de las debidas garantías para la protección efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas⁸.

Son estas disposiciones jurídicas previstas en la Constitución, las que se analizarán en el presente trabajo, para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional constitucional y administrativo, en su función de garantes de la supremacía constitucional.

En aras de una mayor claridad en la exposición de las ideas, dividiré el presente trabajo de la siguiente manera: Los principios que fundamentan el Estado social y democrático de Derecho (II); el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (III); los tipos de control de la constitucionalidad (IV); los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad (V); y las consideraciones finales (VI).

II. LOS PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El supraprincipio republicano de gobierno democrático⁹, exige que tanto la ley, el reglamento, el acto administrativo o las sentencias, respeten sus límites y tengan su

⁴ Artículos 259 y 336 de la Constitución.

⁵ El artículo 23 de la Constitución.

⁶ Al igual que en algunos otros países de Iberoamericana, es posible sostener que el sistema universal de los Derechos Humanos constituye parte del bloque de la constitucionalidad. Duque Corredor, Román José. “Postulados y principios. El Sistema constitucional de los Derechos Humanos en la Constitución Venezolana”, *Derecho Administrativo Iberoamericano 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, T. I, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 155-171; en este mismo orden de ideas, se ha expresado que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos forman parte del “Derecho de la Constitución o bloque de la constitucionalidad”. Jinesta Lobo, Ernesto. “La oralidad en el nuevo Proceso Contencioso-Administrativo”, *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 339; Hernández-Mendible, Víctor R. *El Estado Convencional. Cincuentenario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969-2019)*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago, 2020.

⁷ Artículo 23 de la Constitución.

⁸ Artículo 49 de la Constitución.

⁹ El preámbulo de la Constitución se refiere al establecimiento de “una sociedad democrática”, lo que lleva a constituir a Venezuela en un “Estado social y democrático de Derecho” (artículo 2), y siendo la

mismo contenido axiológico, constituyendo la base o fundamento de la sociedad libre y de todos los actos jurídicos de quienes la integran¹⁰. Este encuentra su manifestación más acabada en la expresión Estado social y democrático de Derecho, que se sustenta en los principios generales del Derecho, que se mencionan a continuación.

1. *El principio de supremacía de la Constitución*

La supremacía de la Constitución se proyecta sobre el bloque de la constitucionalidad, conformado este por la Constitución, los principios constitucionales¹¹, las leyes constitucionales¹² y los tratados, pactos y convenios internacionales relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por la República, que se encuentran revestidos de jerarquía constitucional¹³, prevaleciendo sobre la propia Constitución, en la medida que contengan normas sobre goce y ejercicio de tales derechos, más favorables a las establecidas en esta y en las leyes¹⁴.

Todas estas disposiciones que integran el bloque de la constitucionalidad tienen rango, valor y fuerza constitucional, constituyéndose en normas supremas que fundamentan el ordenamiento jurídico¹⁵.

democracia uno de sus valores, se dispone que el gobierno “es y será siempre democrático” (artículo 6). Posteriormente Venezuela, suscribe la Carta Democrática Interamericana, cuyo artículo 1 eleva la noción de democracia a la categoría de “derecho de los pueblos de América” y luego delimita su contenido en otras disposiciones del articulado. Por su parte, el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos destaca el valor de la democracia como referencia para regular la limitación de los derechos, indicando que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, declaración esta que ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a considerar en su Opinión consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, que “Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas” y al referirse concretamente a las nociones de orden público y bien común, sostiene la Corte en la referida Opinión consultiva que “Esos conceptos en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.

¹⁰ Gordillo, Agustín. “Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo”, *Derecho Administrativo. Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 260.

¹¹ Artículo 335 de la Constitución.

¹² Sobre las leyes constitucionales como integrantes del bloque de la constitucionalidad, se han pronunciado Hernández-Mendible, Víctor. “¿Es posible hablar de leyes constitucionales en el ordenamiento jurídico venezolano?”, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República N° 7*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1993, pp. 93-125; Márquez Cabrera, Juan Carlos. “Controversias en torno al tipo normativo de la ley constitucional en el sistema de fuentes de la Constitución de 1999”, *Derecho Administrativo Iberoamericano 100 Autores en Homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, T. I, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 341-364.

¹³ Con total convicción sostiene Duque Corredor, Román José que el sistema de derechos humanos es parte fundamental del bloque de la constitucionalidad en Venezuela. “Postulados y Principios. El sistema constitucional de los derechos humanos en la Constitución venezolana”, *Derecho Administrativo Iberoamericano 100 Autores en Homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, T. I, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 155-156.

¹⁴ Preámbulo de la Constitución y artículos 2, 22 y 23 de la Constitución.

¹⁵ Artículo 7 de la Constitución.

Ahora bien, el bloque de la constitucionalidad puede ser modificado a través de los mecanismos de revisión constitucional, conocidos como la enmienda¹⁶, la reforma¹⁷ o la asamblea nacional constituyente¹⁸, debiendo considerarse cualquier otro mecanismo destinado a modificarlo o derogarlo nulo y sin valor jurídico alguno, en cuyo caso el bloque de la constitucionalidad no perderá su vigencia¹⁹.

Este principio de supremacía del bloque de la constitucionalidad se garantiza de varias maneras: La primera es mediante el ejercicio de la denominada acción popular de constitucionalidad, que habilita a todas las personas a formular pretensiones de inconstitucionalidad contra los actos jurídicos de los órganos que ejercen el Poder Público que dictados en ejecución directa e inmediata del bloque de la constitucionalidad, lo vulneren o desconozcan. En este caso, el control de la conformidad a la constitucionalidad lo ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución, garantizando su supremacía y efectividad, velando por la aplicación e interpretación uniforme, del contenido y alcance de las normas y principios constitucionales —es de resaltar la preeminencia que el Constituyente le otorga a estos principios sobre el resto de las fuentes de Derecho—, fijando criterios que serán vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales y por supuesto, para el resto de los órganos que ejercen el Poder Público²⁰.

La segunda es mediante la potestad otorgada a todos los jueces, en la tradición constitucional republicana, para asegurar la integridad de la constitucionalidad en todos aquellos casos de su competencia que les corresponda sentenciar. En atención a ello, los jueces, actuando de oficio o a instancia de parte interesada, en caso de presentarse incompatibilidad o colisión entre una ley u otra norma jurídica que deba aplicarse para resolver un asunto determinado, con alguna disposición que integre el bloque de la constitucionalidad, deberán aplicar este con preferencia, salvaguardando así la supremacía de la constitucionalidad²¹.

Estando considerada la Constitución como la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a ella, lo que reitera la propia Constitución en el capítulo de los deberes, al señalar que todas las personas tienen el deber de cumplirla y acatarla²². Este deber es ratificado respecto a los funcionarios de la Administración Pública, quienes en su condición de personas ya estaban llamados a cumplirla, pero además deben hacerlo como funcionarios públicos a cuyo sometimiento se encuentra sujeta toda su actuación²³.

¹⁶ Artículos 340 y 341 de la Constitución.

¹⁷ Artículos 342 al 346 de la Constitución.

¹⁸ Artículos 347 al 349 de la Constitución.

¹⁹ Artículo 333 de la Constitución.

²⁰ Artículos 334 y 335 de la Constitución.

²¹ Artículo 334 de la Constitución.

²² Artículo 131 de la Constitución.

²³ Artículo 8 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

2. *El principio de legalidad*

El principio de legalidad, entendido en la afortunada frase de Hauriou, como bloque de la legalidad²⁴, que lo integran las normas expedidas por entes supranacionales que válidamente suscritas y ratificadas por la República tienen rango de ley, las leyes nacionales, los decretos dictados por el Ejecutivo Nacional con fundamento en una ley habilitante, que tienen rango, valor y fuerza de ley, pasando a conformar todos estos junto a la Constitución, los textos jurídicos que definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a los cuales deben sujetarse las actividades que realicen²⁵ y que establecen las limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos y libertades públicas²⁶. De allí se derivan los principios siguientes:

a) El principio de legalidad administrativa, que habilita a la Administración Pública, conforme al criterio de la vinculación positiva, para organizarse y actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho²⁷.

b) El principio de legalidad presupuestaria, que somete la realización del gasto público a su previsión y aprobación en la ley de presupuesto²⁸.

c) El principio de legalidad tributaria, según el cual no podrán crearse ni cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, así como tampoco podrán concederse exenciones, rebajas o beneficios fiscales, sino en los casos previstos en la ley²⁹.

d) El principio de legalidad sancionatoria, dispone que sea a través de una ley preexistente que se establezcan o modifiquen los delitos, las faltas y las penas, así como infracciones administrativas y las sanciones³⁰.

3. *El principio de progresividad en materia de derechos humanos*

El principio de progresividad de los derechos humanos, parte de la premisa que los instrumentos internacionales y nacionales que reconocen los derechos humanos apenas enuncian los mínimos que deben ser garantizados por los órganos que ejercen el Poder Público, para que éstos puedan ser considerados, ejercidos y disfrutados por sus titulares. Es por ello que al tratarse de tales mínimos, la esfera de garantía de ejercicio y protección puede ser mejorada, si se prefiere ampliada, en atención a asegurar un tratamiento, disfrute y resguardo más extenso para las personas humanas, quienes resultan beneficiadas así por la onda expansiva que proyecta el principio de progresividad³¹.

²⁴ Araujo-Juárez, José. Considera que “Los Principios generales del Derecho integran parte del bloque de la legalidad”. *Derecho Administrativo. Parte General*, Paredes Editores, Caracas, 2007, p. 231.

²⁵ Artículo 137 de la Constitución.

²⁶ Artículos 156.32 y 203 de la Constitución.

²⁷ Artículos 141 de la Constitución.

²⁸ Artículo 314 de la Constitución.

²⁹ Artículo 317 de la Constitución.

³⁰ Artículos 49.6 de la Constitución.

³¹ Artículo 19 de la Constitución.

La progresividad de los derechos humanos se materializa en sentido negativo, a través de la prohibición establecida a los órganos que ejercen el Poder Público de desconocer o desmejorar los estándares mínimos reconocidos en los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos; y se materializa en sentido positivo, a través de la ampliación del reconocimiento de los actualmente admitidos como tales, el mejoramiento en el desarrollo de su contenido y el fortalecimiento de los mecanismos institucionales de protección que garanticen su efectivo ejercicio y disfrute.

4. *El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas*

El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas³² exige que los órganos que ejercen el Poder Público actúen respetando y garantizando a todas las personas, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos inherentes a la persona humana, reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales en materia de derechos humanos o que incluso que no figuren expresamente en dichos instrumentos, así como de aquellos derechos e intereses reconocidos en la ley, en los actos administrativos, en los contratos celebrados entre los órganos que ejercen el Poder Público y los particulares. En caso de desconocimiento de estas situaciones se reconocen varios mecanismos eficaces para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad o inactividad de los órganos que ejercen el Poder Público, debiendo destacarse el proceso de amparo constitucional³³, de habeas corpus³⁴, el proceso constitucional³⁵ y el proceso administrativo³⁶.

5. *El principio de la separación de las ramas del Poder Público*

El principio de la separación de las ramas del Poder Público, que según la tradición liberal era rígido, existiendo un poder que creaba la ley, la cual constituía una expresión de la voluntad de pueblo; un poder que ejecutaba y cumplía la ley y un poder que velaba por el cumplimiento efectivo de la ley y administraba la justicia, ahora ha sido flexibilizado y si bien se admite que cada uno de los órganos que ejercen el Poder Público tienen funciones propias, ello no constituye óbice para que colaboren entre sí, a los fines de contribuir a la realización de los cometidos del Estado³⁷.

Además debe advertirse, que la distribución de los órganos que ejercen el Poder Público se efectúa tanto desde la perspectiva horizontal, en el ámbito del Poder Federal o Nacional como también se le denomina y desde la perspectiva vertical, se aprecia que además del Poder Federal, existe un Poder Estatal y un Poder Municipal, lo que se vincula con el principio federal de gobierno.

6. *El principio federal de gobierno*

El principio federal de gobierno o de descentralización político-territorial. Atendiendo a la evolución de la tradición constitucional, la República de Venezuela se cons-

³² Artículos 19 y 25 de la Constitución.

³³ Artículo 27 de la Constitución.

³⁴ Artículo 27 de la Constitución.

³⁵ Artículo 336 de la Constitución.

³⁶ Artículo 259 de la Constitución.

³⁷ Artículo 136 de la Constitución.

tituye —empleando un pleonasma— en un “Estado federal descentralizado”³⁸, en los términos previstos en la Constitución³⁹, estando dividido el territorio nacional en los Estados, el Distrito Capital, las dependencias federales, los territorios federales y se organiza en Municipios⁴⁰, lo que permite apreciar cómo se encuentra la división y organización del territorio, así como el ejercicio del Poder Público por grados.

Siendo consustancial al principio federal de gobierno, la descentralización político-territorial de la organización del Estado, se declara que este es y será siempre descentralizado⁴¹ y en razón de ello se asume cómo posición principista, que constituye una política nacional, es decir, política de Estado y no de gobierno, la descentralización como instrumento para profundizar la democracia, acercar el poder a la población y crear las condiciones para el cumplimiento de los cometidos del Estado⁴².

Con la finalidad de materializar la descentralización, se ha dispuesto que el Poder Legislativo atribuya competencias nacionales a los estados y los municipios como entidades político-territoriales menores⁴³.

Se debe señalar que constituyendo Venezuela un estado federal descentralizado, asombrosamente en la Constitución de 1999 se suprimió el Senado y se creó una figura denominada Consejo Federal de Gobierno, que es considerado “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 Nacional a los Estados y Municipios⁴⁴”.

7. *El principio democrático*

El principio democrático⁴⁵ se manifiesta en lo político, a través de la garantía de las libertades democráticas, el pluralismo y la alternabilidad, para que se pueda ejercer el derecho al sufragio activo y pasivo, mediante la realización de elecciones periódicas de las autoridades, que sean públicas y transparentes, a través del sufragio universal, libre, directo y secreto como expresión de la soberanía popular (principio de la democracia representativa)⁴⁶, con estímulo, fomento y desarrollo de todos los mecanismos que posibiliten la participación en los asuntos públicos (principio de la democracia participativa)⁴⁷.

³⁸ El Preámbulo de la Constitución señala que Venezuela es un “... Estado de justicia, federal y descentralizado ...”. Con la elección del principio de Estado Federal se rinde tributo a los triunfadores de la guerra civil denominada “Guerra Federal”, iniciada en 1859 y finalizada en 1864, quienes arengaron la bandera de la federación.

³⁹ Artículo 4 de la Constitución.

⁴⁰ Artículo 16 de la Constitución.

⁴¹ Artículo 6 de la Constitución.

⁴² Artículo 158 de la Constitución.

⁴³ Artículo 157 de la Constitución.

⁴⁴ Artículo 185 de la Constitución.

⁴⁵ Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo Constitucional*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago, 2020.

⁴⁶ Artículos 5 y 63 de la Constitución.

⁴⁷ Artículos 6, 70, 71 al 74 de la Constitución.

Hay que tener presente que además de la democracia política, se propugna por la democracia social con la finalidad de lograr el efectivo acceso universal a bienes y servicios de calidad, que permitan la satisfacción de las necesidades esenciales, garantizando un progreso en el nivel de vida, una mejora de la convivencia y una auténtica cohesión social en la población⁴⁸, permitiendo alcanzar la igualdad y solidaridad con responsabilidad y libertad, lo que asegura una auténtica paz social.

También se promueve la democracia económica, donde conviven el ejercicio de las libertades económicas con las distintas modalidades de intervención del Estado (regulaciones, restricciones, limitaciones, reservas e iniciativa empresarial pública), que sean necesarias, adecuadas y proporcionales para garantizar las efectivas condiciones para el ejercicio de estas libertades y la satisfacción del interés general⁴⁹.

8. *El principio de la responsabilidad*

El principio de la responsabilidad de los órganos que ejercen el Poder Público. Desde las disposiciones fundamentales de la Constitución se reconoce la responsabilidad del gobierno de la República, aunque hubiese sido más adecuado usar la expresión “la responsabilidad de los órganos que ejercen el Poder Público”, dado que lo planteado como principio es la responsabilidad de todos los órganos que integran el Poder Público⁵⁰.

La responsabilidad de la República como sujeto de derechos y obligaciones que encarna la personificación jurídica del Estado, se manifiesta a nivel internacional, en general, por incumplimiento de obligaciones internacionales⁵¹ y en particular, por la violación de derechos humanos que por actividad o inactividad le sean imputables⁵² y a nivel nacional, responde por la actividad, inactividad o errores que causen daños a los particulares y que sean imputables al Estado en ejercicio de la función jurisdiccional⁵³, de la función administrativa⁵⁴, de la función legislativa⁵⁵ o de la función constituyente⁵⁶.

9. *El principio de control jurisdiccional pleno*

El principio de control jurisdiccional pleno o de universalidad de control sobre los órganos que ejercen el Poder Público, implica que no existen vacíos o lagunas en el control jurisdiccional de la actividad e inactividad, formal o material que les sea impu-

⁴⁸ Artículos 114, 117 y 299 de la Constitución.

⁴⁹ Artículos 112, 113, 115, 299, 300, 302 y 303 de la Constitución.

⁵⁰ Sostiene Agustín Gordillo que justamente lo que caracteriza a un Principio es que tiene un contenido tan fuerte y tan profundo, que su aplicación debe ser extensiva y desbordar el simple marco de interpretación literal, determinando así de forma integral, cuál debe ser la orientación de la institución por el que se ejecuta. Fuentes Supranacionales de Derecho Administrativo, *Derecho Administrativo. Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 260.

⁵¹ Artículo 155 de la Constitución.

⁵² Artículo 30 de la Constitución.

⁵³ Artículo 49.8 de la Constitución.

⁵⁴ Artículo 140 de la Constitución.

⁵⁵ Artículo 6 de la Constitución.

⁵⁶ Hernández-Mendible, Víctor R. “La responsabilidad del Estado en Venezuela”, *Temas Fundamentales de Derecho Público. En Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, CIDEP-AVEDA-FUNEDA, Caracas, 2020.

table. Es así como conforme al derecho público subjetivo de acceder a los órganos jurisdiccionales y de solicitar tutela judicial efectiva de derechos e intereses, todas las personas pueden acudir a las instancias jurisdiccionales competentes, para que una vez tramitado el debido proceso se produzca la sentencia fundada en Derecho, que resuelva la controversia planteada⁵⁷.

III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho inherente a la persona humana y como lo que sostiene González Pérez, “le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer, y existe con independencia de que figure en las declaraciones de derechos humanos y pactos internacionales, constitucionales y leyes de cada Estado”⁵⁸.

Esta idea condujo a que el Máximo Tribunal de la República le otorgase reconocimiento constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva, más allá de su mención expresa en la entonces vigente Constitución de 1961, al establecer que resultaba contrario a este derecho, que surgía de una interpretación armónica de los artículos 50, 68 y 206 de dicha Constitución, la existencia del principio fiscal *solve et repete* establecido en distintos textos legislativos y que en el caso concreto se encontraba regulado en la Ley Orgánica de Aduanas vigente en aquel entonces⁵⁹.

A partir de ese momento el derecho a la tutela judicial efectiva adquirió rango constitucional en Venezuela y comenzó a experimentar un proceso de onda expansiva que se ha proyectado sobre la supresión de las condiciones no esenciales para garantizar el acceso a la justicia, la ampliación del espectro de las medidas cautelares, así como la posibilidad de lograr una efectiva ejecución de la sentencia cautelar o definitiva en el proceso administrativo⁶⁰.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 se le ha otorgado un reconocimiento positivo al derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 26, que expresamente señala “*Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente*”.

Esta disposición permite considerar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en aquél que tienen todas las personas a acceder a los órganos jurisdiccionales, para solicitar la protección de sus derechos e intereses contra quienes los lesionen, debiendo en consecuencia alegar y probar todo aquello que consideren pertinente, sin

⁵⁷ Artículos 26, 49, 259 y 336 de la Constitución.

⁵⁸ González Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 26.

⁵⁹ Esta posición principista y sin duda un auténtico *leading case* se manifestó en la sentencia 550, de 14 de agosto de 1990, de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa. Paradójicamente 17 años después, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ha vuelto a declarar la inconstitucionalidad del artículo que reconocía el *solve et repete* en la legislación aduanera, en la sentencia 144, de 6 de febrero de 2007.

⁶⁰ De todo ello ha dado cuenta, Brewer-Carías, Allan R. *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

que en ningún caso –estado y grado del proceso– se les pueda menoscabar el derecho a la defensa. Igualmente, supone el derecho a obtener una tutela cautelar adecuada y eficaz que garantice la eventual ejecución del fallo o evite que se continúe produciendo el daño irrogado por la otra parte, así como a obtener un fallo fundado en Derecho, que de resultar favorable a sus pretensiones, permita alcanzar la ejecución de la sentencia, incluso de manera forzosa, en contra de la voluntad del perdidoso⁶¹.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva incluye dentro de su contenido o núcleo esencial los elementos que se analizarán seguidamente:

1. *El derecho de acceso a la justicia*

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, para lo cual se requiere por una parte, la existencia de unos tribunales donde se pueda acudir para solicitar la administración de justicia⁶² y por la otra, que la configuración jurídica del proceso no contenga obstáculos insalvables para la producción de la sentencia de fondo, es decir, de una sentencia sobre el mérito de la controversia⁶³.

Debe tenerse presente que ninguna norma legal puede prohibir o impedir el derecho de las personas de acceso a los órganos jurisdiccionales, sin embargo, ello no constituye óbice para que se establezcan requisitos procesales que regulen la tramitación del proceso de una manera adecuada, para permitir que se llegue a la sentencia que resuelva finalmente la controversia.

No toda formalidad que legalmente se exija para la continuación de la tramitación del proceso es constitucionalmente legítima, únicamente lo será en la medida que ella no constituya un obstáculo irracional, un requisito tan riguroso que resulte contrario a la posibilidad de lograr la tutela judicial efectiva.

Por ello, la interpretación del derecho de acceso a la justicia que se puede concretar en expresiones como el principio *pro actione* o principio a favor de la pretensión, impone que no se establezcan obstáculos, condiciones o requisitos que no sean esenciales para garantizar el acceso a los órganos jurisdiccionales, en virtud de lo cual, las formalidades únicamente deben ser las estrictamente necesarias para garantizar el fin último del proceso, que no puede ser otro que la materialización de la justicia.

Ello así, el derecho de acceso a la justicia demanda que no se imponga el cumplimiento de condiciones, limitaciones o restricciones que no sean proporcionales, racionales y necesarias para garantizar la sustanciación del proceso que conduzca al órgano jurisdiccional a producir una sentencia fundada en Derecho.

Las formalidades expresa y legalmente establecidas son las únicas admisibles, siempre que se interpreten y apliquen conforme a la posibilidad de lograr un real acceso a la jurisdicción para garantizar una justicia material, real y primordialmente efectiva, conforme a las exigencias del orden constitucional.

⁶¹ Hernández-Mendible, Víctor Rafael. *Los Derechos Constitucionales Procesales, El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 93-114.

⁶² González Pérez, Jesús. “Constitución y Justicia Administrativa”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* N° 2, San José de Costa Rica, 2002, pp. 11-13.

⁶³ González Pérez, Jesús. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2003, p. 20.

2. *El derecho a formular alegatos*

Toda persona que aspire a la tutela de sus derechos e intereses tiene la carga de formular la alegación de sus pretensiones, es decir, tiene que argumentar las razones de hecho y de derecho que sirven de sustento a sus planteamientos, los cuales deberán ser lícitos, conformes al orden público y a las buenas costumbres.

No pueden formularse pretensiones procesales contrarias al ordenamiento jurídico, porque de así ocurrir, el órgano jurisdiccional se vería en la imposibilidad de pronunciarse favorablemente sobre el mérito de la controversia.

La pretensión procesal no solo debe ser acorde al ordenamiento jurídico, sino que además debe plantearse de manera pertinente en el tiempo, valga decir, debe ser oportuna para que no sea rechazada por haber prescrito el derecho o interés o por haber caducado la posibilidad de formular la pretensión.

El derecho de formular alegatos debe interpretarse en el sentido más amplio posible y puede ser valorado a partir de una doble perspectiva:

a) Desde el punto de vista cuantitativo, el derecho a presentar alegatos dentro de los plazos preclusivos establecidos en la ley no puede implicar que se preestablezcan límites máximos de tiempo. La complejidad de cada caso exige prudencia y sentido común del titular del órgano jurisdiccional, quién al momento de dirigir el acto procesal de la audiencia, debe evitar que el desarrollo de la misma se convierta en un simulacro, que no cumpla su fin. Es por ello que el órgano jurisdiccional teniendo como norte la búsqueda de la verdad para alcanzar la justicia y orientado por el principio *pro libertate* debe ser lo más flexible posible, para permitir que las partes efectúen sus exposiciones con la amplitud del tiempo que sea necesario, dentro de las distintas actuaciones que garantiza el proceso.

Tampoco deben establecerse límites de cantidad de páginas en los escritos, a las que deba circunscribirse la exposición de los alegatos y conclusiones. Las partes y sus representantes deben tener la libertad de aportar sus argumentos en la extensión de folios que consideren más adecuada para defender sus derechos e interés, pues lo que a una persona no relacionada con el conflicto le puede lucir excesivo, quizás no sea suficiente para quien reclama un derecho o se opone a quien lo reclama.

b) Desde el punto de vista cualitativo, el derecho a formular alegatos debe interpretarse, ejercerse y reconocerse de manera interdependiente tanto con el principio general de libertad⁶⁴, como con el derecho a expresarse libremente de viva voz o por escrito⁶⁵, el cual encuentra como límites también constitucionales la prohibición de promoción de la guerra, de la discriminación, de la intolerancia religiosa o política, así como de la exhortación al desconocimiento de las instituciones democráticas, pero además demanda el respeto al derecho de los demás, valga decir, el respeto a la dignidad humana, a la protección del honor, la vida privada, la intimidad y la reputación⁶⁶.

⁶⁴ El artículo 20 de la Constitución ha llevado a reconocer el rango constitucional del principio general de libertad, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencias 968, de 5 de junio de 2001 y 1789, de 19 de julio de 2005.

⁶⁵ Artículo 57 de la Constitución.

⁶⁶ Artículo 60 de la Constitución.

Por último debe señalarse, que por razones eminentemente éticas, las partes y sus representantes judiciales, deben dirigirse al tribunal y entre sí, formulando sus exposiciones verbales o comunicaciones escritas con apego a la verdad⁶⁷, actuando de buena fe, con decoro, respeto y educación.

3. *El derecho a presentar medios probatorios*

Toda persona que pretenda la tutela de sus derechos e intereses tiene la carga de promover los medios de pruebas que avalen sus alegatos y planteamientos⁶⁸. La obtención y producción de los medios de pruebas debe ser conforme a la Constitución y a las leyes, pues una prueba obtenida en un registro domiciliario sin una orden judicial previa⁶⁹, la captación de unos hechos a través de la interceptación de las comunicaciones telefónicas sin que se haya dictado una orden judicial al respecto⁷⁰, una confesión obtenida mediante tortura⁷¹ o la adquisición de una declaración escrita mediante la violación de la correspondencia privada, son algunos ejemplos de pruebas obtenidas en violación de derechos constitucionales.

Es por ello que la carga de la producción de los medios probatorios debe realizarse conforme a los principios de licitud, honestidad, transparencia y lealtad procesal, porque únicamente las pruebas obtenidas y producidas conforme a estos principios podrán incorporarse al proceso para que este logre alcanzar su fin.

Nunca deberá admitirse como probado un hecho controvertido por más cierto que sea, mediante una prueba obtenida en contravención del ordenamiento jurídico, pues ninguna sentencia puede estar real y eficazmente fundada en Derecho, cuando para su producción se ha tenido que acudir a la demostración de los hechos en violación del mismo Derecho que se pretende proteger.

4. *El derecho a solicitar medidas cautelares*

El derecho a solicitar medidas cautelares constituye un derecho público subjetivo que debe garantizarse siempre y cuando se cumplan los presupuestos procesales para su concesión⁷², en cuyo caso el órgano jurisdiccional no tiene discrecionalidad para otorgar o no las medidas cautelares, sino que se encuentra ante una auténtica obligación de concederlas⁷³, a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial no es efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen la protección cautelar, mientras se produce la sentencia que reconozca la existencia del derecho o interés cuya tutela se reclama.

⁶⁷ Artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

⁶⁸ Artículos 1354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil.

⁶⁹ Artículo 47 de la Constitución.

⁷⁰ Artículos 48 de la Constitución; 2 de la Ley sobre protección a la privacidad de las comunicaciones y 189 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

⁷¹ Artículos 46.1 y 49.5 de la Constitución.

⁷² Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 3082, de 14 de octubre de 2005, ha ratificado que los presupuestos concurrentes de todas las medidas cautelares son la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora.

⁷³ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 960, de 9 de mayo de 2006.

Quien asiste al proceso lo hace con una doble finalidad: por una parte, que se reconozca su derecho y por la otra, de hacer efectiva la norma jurídica que resulta aplicable a dicho reconocimiento, que garantiza la existencia y el ejercicio del derecho.

La justificación de las medidas cautelares nace de la imposibilidad de que concuerden en un mismo momento, la existencia del derecho (atribuido por 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 de este, no afecte la efectividad de tal reconocimiento, al extremo de hacer ilusorio el derecho y en consecuencia inútil la función jurisdiccional de dictar sentencia para administrar justicia⁷⁴.

5. *El derecho a una sentencia fundada en Derecho*

El derecho de toda persona a obtener una sentencia fundada en Derecho lleva a precisar qué implicaciones se derivan de ello.

En primer lugar hay que señalar que una sentencia fundada en Derecho debe ser tanto aquella que se pronuncia sobre una cuestión de admisibilidad o previa, como una sentencia que se pronuncia sobre el mérito de la controversia.

Además, debe señalarse que una sentencia fundada en Derecho es aquella que cumple con todos los extremos legales esenciales para que la misma se refute como formalmente válida⁷⁵; pero también debe pronunciarse sobre el asunto controvertido, valorando adecuadamente las pruebas⁷⁶, resolviendo todas las pretensiones formuladas por las partes y aplicando para ello correctamente la norma jurídica, es decir, que lo fundamental es que consista en una sentencia que analice todo lo alegado y probado en el proceso⁷⁷.

En segundo lugar debe tenerse presente, que el derecho a obtener una sentencia fundada en Derecho no supone que el órgano jurisdiccional resuelva a favor de la pretensión del actor, es decir, que sea favorable a quien promueve el proceso, sino que la decisión se profiera debidamente motivada y sea congruente⁷⁸.

⁷⁴ La doctrina científica ha sido copiosa al analizar el desarrollo de la institución de las medidas cautelares en el proceso administrativo como atributo fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, baste recordar entre otros a Brewer-Carías, Allan R. “Los efectos no suspensivos del recurso contencioso administrativo de anulación y sus excepciones”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* N° 57-58, Caracas, 1968, que dio oportuna cuenta de la primera de ellas, luego haría lo propio respecto a la evolución, Ortiz, Luis. *Jurisprudencia de medidas cautelares. 1980-1994*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995. Posteriormente, con aportes de la bibliografía europea como iberoamericana se recomienda, Hernández-Mendible, Víctor Rafael. *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell Hermanos, 2ª ed., Caracas, 1998; y “Cuarenta Años de historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano”, *Revista de Derecho Público* N° 30, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, pp. 153-184.

⁷⁵ Artículos 243 y 246 del Código de Procedimiento Civil.

⁷⁶ Artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

⁷⁷ Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

⁷⁸ Artículos 243 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

6. *El derecho a la ejecución del fallo*

Toda persona que resulte vencedora en un proceso y en consecuencia beneficiada por el fallo judicial tiene derecho a la ejecución de la sentencia. En la ejecución de la sentencia intervienen tanto las partes como el órgano jurisdiccional. Esto lleva a analizar los distintos aspectos involucrados en la ejecución de la sentencia⁷⁹.

El fundamento del derecho a lograr la ejecución de la sentencia se encuentra establecido en la Constitución, en atención a los siguientes postulados:

- a) El derecho público subjetivo a la tutela judicial efectiva que no se alcanzará, si no se cumple realmente lo decidido por el órgano jurisdiccional⁸⁰.
- b) El reconocimiento a los órganos jurisdiccionales no solamente de la potestad de juzgar, sino de hacer ejecutar lo sentenciado⁸¹.
- c) La obligación de todas las personas de cumplir los actos que en ejercicio de sus competencias, dicten los órganos que ejercen el Poder Público⁸².
- d) La obligación de colaboración de los órganos que ejercen el Poder Público entre sí⁸³.

De estos postulados constitucionales derivan derechos y obligaciones que se mencionarán seguidamente.

Quien haya resultado vencedor de manera total o parcial en el proceso, tiene legitimación para ejercer los siguientes derechos:

- a) El derecho a obtener una ejecución de sentencia en sus propios términos y oportunamente.
- b) El derecho a solicitar la adopción de las medidas encaminadas a la ejecución forzosa.
- c) El derecho a pretender del órgano jurisdiccional la supresión de los obstáculos para la ejecución de las sentencias.
- d) El derecho a solicitar la imposición de multas coercitivas, respecto a las personas que no cumplan su obligación de ejecutar las sentencias.

⁷⁹ García De Enterría, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. 2ª ed. Ampliada, Civitas, Madrid, 1992; Beltrán De Felipe, Miguel. *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995; Fernández, Tomás Ramón. "Una revolución de terciopelo que pone fin a un anacronismo" (La Ley de 8 de febrero de 1995 y las nuevas reformas del contencioso-francés), *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 91, Civitas, Madrid, 1996, pp. 385-402; Hernández-Mendible, Víctor Rafael. *¿Nueva revolución en Francia: La posibilidad de dictar órdenes de ejecución contra la Administración?*, *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional*, Vadell Hermanos, Caracas, 1997, pp. 203-223; más reciente se puede consultar *in extenso* el completo análisis crítico de Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. *La ejecución de sentencias en el proceso administrativo iberoamericano (España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela)*, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

⁸⁰ Artículo 26 de la Constitución.

⁸¹ Artículo 253 de la Constitución.

⁸² Artículo 131 de la Constitución.

⁸³ Artículo 136 de la Constitución.

Quien haya resultado vencido de manera total o parcial en el proceso, tiene las siguientes obligaciones:

- a) La obligación de ejecutar la sentencia voluntaria e íntegramente.
- b) La obligación de adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para materializar la ejecución de la sentencia.
- c) La obligación de no efectuar actuaciones destinadas a frustrar la ejecución de la sentencia.
- d) La obligación de colaborar con los órganos que ejercen el Poder Público, en el cumplimiento de las decisiones judiciales.

Establecido lo anterior, se debe analizar como los órganos jurisdiccionales deben llevar a cabo el control de constitucionalidad, de la actividad e inactividad de los órganos que ejercen el Poder Público.

IV. LOS TIPOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Existen dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad: El primero conocido como control difuso y el segundo denominado control concentrado, es decir, en Venezuela coexisten el sistema de control de constitucionalidad difuso nacido en América⁸⁴ y de preeminente aplicación en este continente; con el sistema de control de constitucionalidad concentrado, que aunque tiene su origen también en América y en particular en las normas de las constituciones venezolanas del siglo XIX⁸⁵, posteriormente aparecerá en algunos países de Europa y será allí donde adquirirá gran reputación y desarrollo a partir de la segunda década del siglo XX⁸⁶, al extremo que se ha considerado que su origen es europeo.

Esto ha llevado a entender que en Venezuela se tiene un sistema mixto de control de la constitucionalidad, donde concurren por una parte el control concentrado, que también es calificado como abstracto, directo u objetivo; y por la otra el control difuso, que es considerado como concreto, indirecto y subjetivo⁸⁷⁻⁸⁸.

El control difuso de la constitucionalidad le otorga poderes constitucionales a todos los jueces para proceder, bien por su propia iniciativa o bien a instancia de cualquier

⁸⁴ Suprema Corte de Estados Unidos de América, caso *Marbury vs. Madison*, de 24 de febrero de 1803.

⁸⁵ Artículos 199 y 227 de la Constitución de 1811; artículo 113.8 de la Constitución de 1858; artículo 92 de la Constitución de 1864; y artículos 17 y 110.8 de la Constitución de 1893. Todos los textos constitucionales de 1811 a 1961, han sido consultados en Brewer-Carías, Allan R., *Las Constituciones de Venezuela*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

⁸⁶ La Constitución Federal Austriaca (*BundesVerfassungsgesetz, B-VG*), de 1° de octubre de 1920, en los artículos 137-148 crea el Tribunal Constitucional. El 1° de octubre de 2020, se conmemora el centenario de la creación de este Tribunal.

⁸⁷ Brewer-Carías, Allan R. *Justicia Constitucional, Las Instituciones Políticas y Constitucionales*, 3ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 81-86.

⁸⁸ Blanco Guzmán, Armando L. *El control de constitucionalidad y la Administración Pública, La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantes de los derechos humanos. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de FUNEDA*, Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Centro de Estudios de Derecho Público y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila-FUNEDA, Caracas, 2013, pp. 49-69.

persona involucrada en un proceso concreto, a evaluar la sujeción a la Constitución de una disposición o de un texto normativo en su integridad, que deba ser aplicado en ese asunto determinado y en caso de llegar a la conclusión de que es compatible deberá aplicar la disposición o texto infraconstitucional para resolver el asunto específico; pero de apreciar que existe una disconformidad entre aquella y estos, entonces debe proceder a la desaplicación de tal disposición o texto a los fines de resolver el caso concreto, debiendo darle aplicación directa y preeminente a la Constitución.

Es pertinente destacar que el control difuso de la constitucionalidad ha sido atribuido a cualquier juez de la República, sin importar su jerarquía y competencia dentro de la organización del Poder Judicial. Se puede aplicar en procesos de toda naturaleza, la sentencia que resuelve el asunto tiene efectos únicamente entre las partes involucradas en el conflicto y en teoría otros tribunales podrían resolver de manera diferente, asuntos similares que contuviesen el mismo planteamiento de naturaleza constitucional.

El control concentrado de la constitucionalidad le atribuye poderes constitucionales expresos al Tribunal Supremo de Justicia, para actuar a instancia de cualquier persona en virtud de una acción popular y en principio, proceder a la constatación de que las leyes y demás actos jurídicos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, por los órganos que ejercen el Poder Público han sido expedidos en apego o conformidad a la Constitución. En caso de corroborar tal sujeción deberá declarar la constitucionalidad de aquellos; pero de verificar la incompatibilidad con la Constitución deberá ejercer el control de la constitucionalidad, declarando de manera permanente en el tiempo la nulidad de dichos actos y restableciendo la efectividad y vigencia plena de la Constitución.

Es importante tener en cuenta que el control concentrado no se limita a verificar la constitucionalidad de las leyes y de los actos jurídicos de similar jerarquía, sino también de las omisiones legislativas y es competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que puede ejercerlo tanto en procesos constitucionales contra actos jurídicos de jerarquía legislativa o de equivalente naturaleza, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, como en el caso de omisiones legislativas que aparentemente hayan materializado una ausencia o abstención absoluta o parcial del desarrollo de la Constitución.

La sentencia que resuelva positivamente el asunto tiene efectos frente a todos, es decir, incluso ante quienes no participaron en el proceso y por mandato constitucional los demás tribunales deben asumir lo resuelto con carácter vinculante.

V. LOS MECANISMOS PROCESALES DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La doctrina científica atendiendo a las recientes reformas legislativas ha clasificado los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad, teniendo en consideración las distintas demandas que el legislador reconoce se pueden formular ordinaria-

mente ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y excepcionalmente ante otros tribunales de la República⁸⁹.

No obstante, a los fines del presente estudio, los mecanismos procesales de control de la constitucionalidad pueden ser catalogados en dos grandes categorías: Unos son los procesos constitucionales que no requieren mayor tramitación, si se prefiere no contenciosos, pues se pretende un pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que constate el sometimiento pleno al bloque de la constitucionalidad de los actos legislativos, los actos de gobierno o los actos jurisdiccionales. En esta categoría se encuentran los siguientes:

1. Los procesos de solicitudes de constatación de sujeción a la Constitución de textos legislativos.
 - 1.1. Solicitud de constatación previa de conformidad a la Constitución, del carácter orgánico de las leyes.
 - 1.2. Solicitud de declaración de constitucionalidad de una ley sancionada, antes de su promulgación.
2. Los procesos de solicitudes de sujeción a la Constitución de los actos de gobierno.
 - 2.1. Solicitud de constatación de conformidad a la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República.
 - 2.2. Solicitud de constatación de conformidad a la Constitución de los decretos que declaran estados de excepción.
3. Los procesos de revisión constitucional de sentencias.
 - 3.1. Revisión de sentencias definitivamente firmes dictadas por los tribunales que desconozcan o ignoren la Constitución, los principios constitucionales o los precedentes de la Sala Constitucional.
 - 3.2. Revisión de sentencias dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia que desconozcan la Constitución, los tratados internacionales o los precedentes de la Sala Constitucional.
 - 3.3. Revisión de sentencias definitivamente firmes en las que se haya producido pronunciamiento de control difuso de la constitucionalidad.

En los procesos antes mencionados, en principio, la resolución del asunto se encuentra prevista que se produzca sin mayor tramitación, sin contención, aunque la ley admite una posibilidad excepcional, en caso que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo estime pertinente puede dictar un auto para mejor proveer o convocar una audiencia⁹⁰⁻⁹¹.

⁸⁹ Brewer-Carías, Allan R. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 105-140; Sobre la Justicia Constitucional y la Justicia Contencioso Administrativo. A los 35 años del inicio de la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales y contencioso administrativos (1976-2011), *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 35-57.

⁹⁰ Artículo 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁹¹ Es importante tener presente, que en virtud de la remisión expresa que realiza el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia al Código de Procedimiento Civil, en los procesos constitu-

Los otros son los procesos constitucionales que requieren tramitación, realmente contenciosos, que tienen como finalidad el control de la constitucionalidad de la actividad e inactividad de los órganos que ejercen el Poder Público⁹². En esta categoría se encuentran los procesos siguientes:

1. Los procesos comunes para distintas demandas sobre asuntos constitucionales.
 - 1.1. El proceso de demandas contra los actos de los órganos que ejercen el Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.
 - 1.2. El proceso de demandas frente a las omisiones legislativas de ejecutar o cumplir la Constitución.
 - 1.3. El proceso de demandas de interpretación constitucional.
 - 1.4. El proceso de demandas de controversia constitucional.
2. Los procesos para resolver conflictos de derechos constitucionales colectivos.
 - 2.1. El proceso de demandas frente a servicios públicos⁹³.
 - 2.2. El proceso de demandas cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional.
 - 2.3. El proceso de demandas cuando se trate de asuntos que no son de trascendencia nacional.
3. Los procesos para resolver conflictos de derechos constitucionales individuales.
 - 3.1. El proceso de amparo.
 - 3.2. El proceso de hábeas corpus.
 - 3.3. El proceso de hábeas data.
4. Los procesos contencioso administrativo de anulación de actos administrativos contrarios a la Constitución.

Los procesos que se mencionan en esta segunda categoría son competencia de distintos órganos jurisdiccionales como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (demandas contra actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Consti-

cionales no contenciosos se puede aplicar el artículo 11 del citado Código, que dispone en la parte pertinente lo siguiente: “En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los jueces obrarán con conocimiento de causa, y, al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y aún requerir otras pruebas que juzguen indispensables; todo sin necesidad de las formalidades de juicio”.

⁹² En la doctrina científica se sostiene que “En efecto, Latinoamérica tiene explicaciones distintas sobre el significado de “proceso constitucional”, porque algunos lo reducen a los procedimientos destinados a concretar el control de constitucionalidad, y otros lo afincan en procesos especiales como el amparo, el *hábeas data* o el *hábeas corpus*. No faltan quienes haciendo una lectura expansiva del concepto lo encolumnan con los procesos colectivos, y particularmente, en los que tutelan los derechos e intereses de usuarios y consumidores; la protección del ambiente; o la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales”. Gozáini, Osvaldo Alfredo. “La prueba en los procesos constitucionales”, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

⁹³ Resulta necesario aclarar que por la actividad material involucrada “los servicios públicos” y conforme al artículo 259 de la Constitución, este debería ser catalogado como un proceso administrativo, pero en el caso de encontrarse afectados “derechos constitucionales colectivos”, también podría ser ubicado entre los procesos constitucionales. Dado que el tema presenta un carácter complejo en la realidad venezolana se ha incluido en esta clasificación con fines meramente didácticos, sin con ello pretender dar por zanjado un debate en pleno desarrollo.

tución, frente a las omisiones legislativas, de interpretación constitucional, de controversia constitucional, de derechos colectivos frente a asuntos que son de trascendencia nacional), los tribunales de primera instancia civil (derechos colectivos frente a asuntos que no son de trascendencia nacional), los juzgados municipales contencioso administrativos (hábeas data⁹⁴ y derechos colectivos frente a servicios públicos), todos los tribunales de la República (amparo constitucional⁹⁵), los tribunales penales (*hábeas corpus*⁹⁶) y los tribunales contencioso administrativos (anulación de actos administrativos contrarios a la Constitución) y todos tienen en común que durante la tramitación de la audiencia –salvo el proceso contencioso administrativo de anulación–, las partes además de exponer sus alegatos, pueden producir los medios probatorios que sean legales y pertinentes para llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que el asunto controvertido está ajustado o no al bloque de la constitucionalidad.

No se puede soslayar que luego de entrada en vigencia la Constitución de 1999, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales fue declarada virtualmente inconstitucional, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la sentencia de 1 de febrero de 2000, oportunidad en la cual se estableció cómo se debía tramitar el proceso de amparo, mientras se adoptaba un nuevo texto jurídico acorde a los principios constitucionales.

Sin embargo, al expedirse la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se regularon de manera transitoria los procesos constitucionales, mientras se dicta la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁹⁷, pero no se hizo referencia alguna al proceso de amparo y al proceso de hábeas corpus, aun cuando ambos deben estar regulados en un texto legal, por ser materia de expresa reserva legal, en virtud de lo establecido en los artículos 26, 27, 137, 156.32, 253, 257, 261 y 269 de la Constitución.

De allí que ante la presencia de una demanda de amparo o de hábeas corpus, que deben tramitarse cumpliendo con las referidas disposiciones constitucionales, el operador jurídico debía auxiliarse del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual dispone expresamente que “... cuando en el ordenamiento jurídico no se preceptúe un proceso especial a seguir se podrá aplicar el que las Salas juzguen más conveniente para la realización de la Justicia, siempre que tenga fundamento legal”⁹⁸, es decir, la norma no hace otra cosa que habilitar al órgano jurisdiccional para que en aplicación de la analogía, no cree, sino que elija uno de los procesos legalmente establecidos, por lo que en ausencia de una norma jurídica que regulase expresamente el proceso de amparo y de hábeas corpus, y hasta tanto se dictase la susodicha Ley de la Jurisdicción Constitucional, el órgano jurisdiccional competente podía utilizar alguno

⁹⁴ Pérez Salazar, Gonzalo. “Naturaleza jurídica del hábeas data”, *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 697-721.

⁹⁵ Kiriakidis L. Jorge C. *El amparo constitucional venezolano: mitos y realidades*, Editorial Jurídica Venezolana, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Metropolitana, Caracas, 2012.

⁹⁶ Pérez Salazar, Gonzalo. “Naturaleza jurídica del hábeas corpus”, *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. La Justicia Constitucional en el Estado social de Derecho en Homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagües*, Universidad Monteávila y FUNEDA, Caracas, 2012, pp. 263-298.

⁹⁷ Artículo 127 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

⁹⁸ El antecedente de esta norma es el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

de aquellos establecidos en la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, siendo quizás el más idóneo para tramitar y resolver tales asuntos, por su semejanza o similitud, el regulado para el proceso de hábeas data⁹⁹.

Sin embargo, luego de 15 años de vigencia de la Constitución se sancionó la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 2015, que regulaba los procesos de amparo constitucional y hábeas corpus o amparo a la libertad personal, pero dicha ley jamás fue promulgada, en virtud de lo que subsiste el vacío legal y por tanto mantiene su pertinencia la propuesta de solución formulada en el párrafo precedente.

Finalmente cabe mencionar, que el proceso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos contrarios a Derecho se encuentra regulado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Tal como se señaló en la introducción de este trabajo, si se hubiese cumplido la Constitución que fue anunciada por sus promotores con vocación de vigencia centenaria, se hubiese respetado la democracia, se hubiese actuado dentro de un Estado de Derecho y los derechos constitucionales hubiesen sido garantizados, el estudio de la aplicación del texto constitucional en su vigésimo aniversario seguramente hubiese inspirado un trabajo laudatorio, sin dejar de reconocer aquello que debería ser corregido, mejorado o reformado, como consecuencia de la evolución de las instituciones y de las exigencias del paso del tiempo.

Lamentablemente la falta de aplicación y cumplimiento de la Constitución por quienes han ejercido el Poder Público conduce a pensar que esta será el chivo expiatorio de este tiempo que agoniza y que la necesidad de brindar esperanza e ilusión a la sociedad venezolana, llevarán a que el texto constitucional de 1999 con pocas luces y muchas sombras por su falta de aplicación pase a ser una estadística más en la historia político constitucional de Venezuela.

No obstante, quienes hemos exigido durante tantos años el cumplimiento y aplicación de la Constitución a los órganos que ejercen el Poder Público, igualmente debemos exigirles a las nuevas autoridades democráticas, que mientras no sea formalmente derogada esta, se aplique a los fines de que conforme con el artículo 25 de la Constitución y del Estatuto de Roma, así como de los artículos 116 y 271 de la Constitución, aquellos que fueron ministros, diputados, magistrados y jueces, militares del alto rango del régimen, directivos de empresas del Estado, institutos autónomos y fundaciones públicas, sean juzgados bajo la misma Constitución y leyes que ellos crearon y violaron de forma premeditada y sistemática, salvo los casos en que hayan muerto o se hayan suicidado

⁹⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 952, de 20 de agosto de 2010.

¹⁰⁰ Brewer-Carías, Allan R. "Introducción General al Régimen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, 2ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 9-151.

¹⁰¹ Hernández-Mendible, Víctor R. "La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela, de 2010", *Revista de Administración Pública N° 182*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 255-282.

para evadir responder a la justicia por sus crímenes de lesa humanidad y contra el patrimonio público, en cuyo supuesto se extinguiría la acción penal, pero no la responsabilidad patrimonial para resarcir al Estado los daños que le hayan ocasionado a dicho patrimonio público¹⁰².

En el futuro la realidad político jurídica se impondrá y dirá en el corto plazo, qué sobrevivirá de una Constitución que surgió de un proceso constituyente inconstitucional y que por lo tanto desde su origen tuvo sus días contados, como se advirtió durante la tramitación de aquel proceso en 1999¹⁰³.

Caracas, 24 de julio de 2020

¹⁰² Hernández-Mendible, Víctor R. “El Estado de Derecho y los controles institucionales en la lucha contra la corrupción”, *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, 1ª ed., Editorial Jurídica Venezolana-CAJO, Caracas, 2012, pp. 81-130.

¹⁰³ Hernández-Mendible, Víctor R. “La contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, la democracia y el Estado de Derecho en Venezuela”, *El nuevo Derecho Constitucional venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, pp. 81-108.

45. EL CONTROL DEL PODER PÚBLICO POR LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. UNA MIRADA EN PERSPECTIVA EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

José Luis VILLEGAS MORENO*

“Hay jueces en Berlín”, convertida con el tiempo en uno de los lemas de la cultura occidental, que lo presenta como uno de sus mayores logros: el Estado de Derecho, la sujeción del poder público a la ley y al Derecho, que solo se garantiza y hace efectiva al reconocer el control de su actuación por los tribunales de justicia”.

José ESTEVE PARDO

Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder
Marcial Pons, 2020

Resumen: La justicia administrativa es una pieza clave del Estado de Derecho. Corresponde a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo el control judicial de la actuación administrativa. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia jurisdicción contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público. En este trabajo damos cuenta de la configuración constitucional y legal de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela.

Palabras claves: Justicia administrativa configuración administración contencioso.

Abstract: The administrative jurisdiction is a key part of our state law. it corresponds to this contentious administrative order the judicial control of administrative action. what really matters and what justifies the existence of the administrative jurisdiction own is to ensure, for the benefit of the parties and the general interest, the exact submission of directors to the right in all actions performing in his condition of the public in this work setting you realize the constitutional and legal administrative jurisdiction in Venezuela.

Key words: Administrative jurisdiction, configuration, management.

* Profesor Colaborador Asistente, Facultad de Derecho, UPCOMILLAS, Madrid, España. Profesor Titular Emérito de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental en la UCAT, San Cristóbal, Venezuela. Doctor en Derecho. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Miembro del Comité Científico de la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal. Correo electrónico: jlvmdbel@gmail.com

I. ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA

El Derecho Administrativo es el derecho del poder.¹ De la prudencia, dignidad y eficacia de los gobernantes dependerá que esos colosos, que son las Administraciones públicas, dotados de técnicas y poderes extraordinarios, estén o no dirigidos a objetivos que respondan a las exigencias de la mayoría de los ciudadanos.²

La evolución histórica del Derecho Administrativo ha estado en función de la historia de la evolución de los detentadores del poder político, pero ya sean éstos reyes absolutos, la nobleza o representantes políticos surgidos de las urnas, gobernar exigirá siempre un núcleo común de privilegios hasta el punto de que gobernar equivalga a actuar desde el privilegio. En cualquier caso, el poder necesitará una organización administrativa para cumplir sus objetivos, desde la más elemental a la más evolucionada y sofisticada, y exigirá un Derecho especializado y privilegiado en relación con el que sirve para regir las relaciones entre particulares.³

Por ello la justicia administrativa es una pieza clave del Estado de Derecho. Le ha tocado asumir la misión de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración. La justicia administrativa es sin lugar a dudas un imperativo del Estado de Derecho.⁴

La justicia administrativa, como afirma Barnes⁵, es el mejor barómetro del Estado de Derecho. La justicia administrativa constituye el centro del derecho administrativo, el motor del progreso jurídico, y el broche de cierre de la división de poderes. Representa la “coronación del Estado de Derecho”. Su proclamación constitucional (el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva o al proceso debido, según los sistemas) permite hacer frente a la “soberanía del ejecutivo” y ha traído consigo relevantes aportaciones en la construcción del derecho administrativo, particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XX. El derecho administrativo, en cada tiempo y lugar⁶, se ha concentrado, desde su nacimiento, en la incesante búsqueda de una más universal e intensa revisión judicial de las decisiones y normas emanadas por la administración. Tal ha sido su primigenia razón de ser: embridar el poder con el derecho. Al fin y al cabo, la efectividad y realidad de los derechos individuales depende de su defensa judicial en caso de conflicto frente al poder público.⁷

¹ Linde Paniagua, Enrique. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Uned-Colex, Madrid 2011.

² García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Tirant lo Blanch, 2001.

³ Chaves, José R. *Derecho Administrativo Mínimo*, Editorial Amarante, 2020.

⁴ Macías Rodríguez, Francisco “La justicia administrativa como imperativo del Estado de Derecho”. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/15.pdf>

⁵ Barnes Vásquez, Javier. “Las transformaciones del Derecho Administrativo contemporáneo y el control judicial de la Administración Pública”. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/19.pdf>

⁶ Barnes Vásquez, Javier (Coordinador). *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas 1993.

⁷ Barnes Vásquez, Javier. “Las transformaciones del Derecho Administrativo contemporáneo y el control judicial de la Administración Pública”. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/19.pdf>

Corresponde a este orden jurisdiccional contencioso-administrativo el control judicial de la actuación administrativa⁸. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia jurisdicción contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde.⁹

El maestro Brewer sostiene que la tendencia en el desarrollo de la Justicia Administrativa, en referencia concreta a América Latina, ha sido la de su progresiva transformación en un sistema de justicia. De todo lo cual resulta, que sin Estado de derecho y sin democracia, no puede desarrollarse cabalmente la Justicia Administrativa.¹⁰ Insiste Brewer que como en todas las instituciones del Estado de Derecho, no basta para su efectividad que lo relativo al contencioso-administrativo se haya consagrado en las Constituciones y en leyes especiales, sino que es necesario por sobre todo, que funcione en el marco de un sistema de separación de poderes, de manera que el Poder Judicial donde está inserta la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pueda controlar real y efectivamente las actuaciones de la Administración Pública, estando a cargo de jueces autónomos e independientes, ejerciendo sus funciones sin presiones por parte del Poder Ejecutivo, o más precisamente, de la Administración controlada. Sin esta garantía, por más perfectas y prolijas que sean las previsiones sobre lo contencioso administrativo, no habrá posibilidad efectiva de controlar a la Administración Pública.¹¹

Esteve nos dice, en su particular visión del clásico cuento sobre el control judicial del poder, que el poder público se encuentra en último término sujeto a un control de legalidad ejercido por jueces y tribunales. Que a ellos puede acudir cualquier ciudadano que discuta una decisión del poder que afecte a su persona o a sus derechos. Y nos recuerda que el avance de las fuerzas que reivindican el control judicial del poder no solo se ha dado con el levantamiento de estos castillos y baluartes suyos –tribunales administrativos, tribunales constitucionales, europeos, americanos, internacionales– sino también en la lucha directa, cuerpo a cuerpo, por superar limitaciones y espacios de inmunidad del poder.¹²

El maestro Araujo-Juárez¹³, en reciente trabajo, ha abordado con profundidad el escenario del Estado de Justicia en la Constitución de 1999. Sostiene que la Constitución establece un modelo jurídico-político de Estado de Justicia, lo que a nuestro enten-

⁸ Araujo-Juárez, José, *Justicia Administrativa y Contencioso de Anulación*, CIDEP-Funeda, 2019.

⁹ González Pérez, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid 1993.

¹⁰ Brewer-Carías, Allan R. “La justicia administrativa en el Derecho comparado latinoamericano”, *Memorias Congreso AEPDA*, 2019. file:///C:/Users/Portatil/Documents/JLVM/CONGRESO%20AEPDA-JUSTICIA%20ADVA.-2019.pdf

¹¹ Brewer-Carías, Allan R. “La justicia administrativa en el Derecho comparado latinoamericano, *Memorias Congreso AEPDA*”, 2019. file:///C:/Users/Portatil/Documents/JLVM/CONGRESO%20AEPDA-JUSTICIA%20ADVA.-2019.pdf

¹² Esteve Pardo, José. *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*, Marcial Pons, 2020.

¹³ Araujo-Juárez, José. “Estado de Justicia e independencia judicial”, *Revista de Derecho Público* N° 157-158, EJV. Enero -junio 2019. <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

der es fundamental para el desarrollo en plenitud de la justicia administrativa en Venezuela más allá del Estado de Derecho.

II. POTESTAD JURISDICCIONAL

La noción de potestad

El poder judicial participa del poder político y mantiene relaciones con los otros poderes en el Estado, en una sociedad estatal y democrática¹⁴. Si el poder, en general, consiste en la capacidad de hacerse obedecer, de sujetar a los demás a las decisiones adoptadas, es evidente que el poder político atiende a esa capacidad dentro de la sociedad y hay hoy que referirlo al Estado democrático. Y así frente a la concepción históricamente anterior que, de una u otra manera, hacía derivar el poder de Dios, en cuanto los gobernantes recibían de Dios su derecho a gobernar, derivándose de ahí una cierta privatización del poder, el cual estaba vinculado a una familia, la concepción democrática supone desprivatizar el poder y atribuirlo, bajo la expresión de la soberanía nacional, al pueblo.¹⁵

El artículo 5 de la Constitución de 1999 dice 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. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

En este artículo se está institucionalizando el poder y en ese fenómeno se distingue:

1º) El poder constituyente: Este poder no pertenece a persona alguna sino al pueblo que intenta encarnarlo en normas, de modo que la relación política de obediencia y autoridad se juridifica. Este poder no reconoce límite jurídico alguno, por cuanto es él el que va a establecer los límites, y no deriva de ningún otro, de modo que es supremo y originario.¹⁶ A la hora de hacer una constitución, el pueblo no está condicionado jurídicamente, pero pretende juridificar el poder.¹⁷

2º) Los poderes constituidos: La norma fundamental determinará quiénes han de ejercer los poderes derivados de ella, pero esos poderes no son ya ni supremos ni originarios. Los gobernantes no aparecen determinados en la constitución con relación a personas físicas concretas, sino que la norma establece un status y fija cómo se accede al mismo y cuáles son sus atribuciones. Naturalmente de la manera cómo se regule esto dependerá que el régimen político sea democrático o no. En todo caso la voluntad soberana del pueblo puede hacer que unos gobernantes accedan al poder por elección popular y que otros no, según la función que les atribuya.¹⁸

Lo que la Constitución de 1999 atribuye a todos los gobernantes es potestad, como se desprende de sus artículos 186-224 (la potestad legislativa se atribuye a la Asamblea

¹⁴ Montero Aroca, J. *Derecho Jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁵ Kenneth Galbraith, John. *La anatomía del poder*, Plaza y Janés, 1984.

¹⁶ Castillo Vegas, Jesús Luis. “El Poder Constituyente y sus condiciones de legitimación en la sociedad actual”, *Revista Tachirensis de Derecho*, N° 10, 1998.

¹⁷ González Cruz, Fortunato. “Constitución histórica y Poder Constituyente”, *RDP* N° 112, 2007.

¹⁸ Mejía Betancourt, José Amado. “La ruptura del hilo constitucional”, *RDP* N° 112, 2007.

Nacional), 225-246 (la ejecutiva la ejerce el Gobierno), 273 (Poder Ciudadano) y 253-272 (la potestad jurisdiccional corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, y los demás tribunales que determine la ley).¹⁹ El contenido de esa potestad puede ser distinto con relación a los poderes constituidos, pero todos ejercen potestad. Como sostiene Montero Aroca, cabe dar una noción general de ésta, sin perjuicio de tener que referirla después de modo concreto al poder judicial para llegar al concepto de jurisdicción. En términos generales la potestad supone una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando ínsita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo en caso necesario al uso de la fuerza²⁰. Actuando conforme a la potestad conferida y dentro de su ámbito, el titular de ella no tiene superior ni iguales; todos están sometidos a él.²¹

Es esta potestad la que hace que el poder legislativo, cuando actúa dentro de su función, esto es, cuando dicta una norma general, vincule a todos y los someta a esta decisión. Es también la potestad la que atribuye fuerza vinculante a los actos administrativos. Esta potestad se atribuye también a los jueces y magistrados y respecto de todos los que con ellos se relacionan.²²

A jueces y magistrados se atribuye, pues, una potestad de derecho público, caracterizada por el *imperium* derivado de la soberanía, lo que los coloca en situación de superioridad, y ello respecto de todos. Así, en la atribución de potestad son iguales los diversos poderes constituidos por cuanto la noción genérica de potestad es válida para todos.²³

La potestad jurisdiccional o jurisdicción

La Constitución de 1999, con referencia a los distintos poderes constituidos califica la potestad que les atribuye, y habla de legislativa, ejecutiva y se refiere a la jurisdiccional. Consecuentemente la potestad jurisdiccional es una potestad cualificada, de modo que partiendo de la noción general de potestad le añade algo a la misma para distinguirla de las demás. Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico potestad jurisdiccional significa “poder y autoridad que corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos”.²⁴

Si la jurisdicción se resuelve en una potestad del Estado, la consecuencia ineludible es que el concepto de la misma ha de referirse a cada sistema político y a cada ordena-

¹⁹ Ávila, Flor y Ocando, Humberto. “El Poder Judicial venezolano como medio de tutela de los Derechos Humanos”. Opción, Año 27, N° 66, 2011. file:///C:/Users/jvillegas/Downloads/Dialnet-ElPoderJudicialVenezolanoComoMedioDeTutelaDeLosDer-3961135.pdf

²⁰ Montero Aroca, Juan. *Derecho Jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

²¹ Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999*. Caracas 2000.

²² De Urbano, Eduardo. “La jurisdicción desde una perspectiva constitucional”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de las Palmas de Gran Canaria*, 2011. file:///C:/Users/jvillegas/Downloads/0233586_00003_0015%20(2).pdf

²³ Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Castillo de Luna, 2017.

²⁴ <https://dej.rae.es/lema/potestad-jurisdiccional>

miento jurídico. El punto de partida común es la atribución de la jurisdicción a la soberanía, pero a partir de ahí en cada sistema y ordenamiento puede llegarse a conclusiones matizadamente distintas. Naturalmente las diferencias serán más acentuadas cuanto más distintos sean los sistemas políticos, y por lo mismo en los Estados que se conforman como democráticos de derecho no puede haber diferencias esenciales, aunque siempre existirán aquéllas que se derivan de las plasmaciones concretas de cada ordenamiento jurídico.²⁵

El concepto de jurisdicción al que ha de intentarse llegar tiene que ser aquél que atienda a la realidad de un país y en un momento histórico, es decir, que tome como base de partida la Constitución y comprenda el desarrollo de la misma en la legislación pertinente.²⁶ Desde esta perspectiva, la jurisdicción es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado.²⁷ La jurisdicción para existir como tal tiene que referirse a un doble juego de condiciones²⁸:

1ª) Los órganos a los que se atribuye la potestad no pueden ser cualesquiera, sino que han de estar revestidos de una serie de cualidades propias que los distinguen de los demás órganos del Estado; estos órganos son los juzgados y tribunales, en los que los titulares de la potestad son los jueces y magistrados.

2ª) La función que se asigna a esos órganos cualifica también la potestad, por lo que hay que valorar según la Constitución y la ley la función jurisdiccional.

Para Santamaría Pastor²⁹ la potestad jurisdiccional de control es la vertiente objetiva del principio de tutela judicial. En efecto, el principio de legalidad impone la existencia de mecanismos de control mediante los cuales pueda asegurarse el sometimiento de la Administración al sistema normativo. Y es el control jurisdiccional el mecanismo adecuado en los sistemas jurídicos occidentales. Así se puede hablar de una faceta donde la sumisión de la actividad administrativa al control jurisdiccional, como tutela judicial, se perfila como una potestad jurisdiccional que es una potestad de ejercicio obligatorio para jueces y tribunales, en su mayor amplitud de control. Ahora bien, el principio de tutela judicial tiene un perfil subjetivo como plantea Santamaría Pastor³⁰, que es el derecho a la tutela jurisdiccional ya que el control judicial de la Administración es un derecho de todos los que se relacionan con una Administración, consistente en la facultad de recabar de los jueces y Tribunales protección frente a las actividades de la Administración que estimen contrarias a Derecho y que lesionen sus derechos o intereses.

²⁵ Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Civil*, Editorial Castillo de Luna, 2017.

²⁶ Réngel Romberg, Aristides. *Derecho Procesal Civil Venezolano, según el nuevo Código de 1987*. 5ª Edición, Editorial Arte, Caracas 1995.

²⁷ González Pérez, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, 2001.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, T. I, Quinta Edición, Iustel 2018.

³⁰ *Ibidem*.

III. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO. EL MODELO VENEZOLANO

1. *Sistemas de organización*

Desde el punto de vista de los titulares llamados a ejercer el control jurisdiccional de la Administración, las diferentes legislaciones han establecido diversos sistemas, condicionados por el momento histórico y el ordenamiento positivo general y, de manera capital, porque ha habido interpretaciones dispares con respecto a la aplicación del principio de separación de poderes. Especial relevancia tiene el trabajo publicado por el maestro Libardo Rodríguez³¹, inspirado en el estudio del tratadista francés Guy Braibant con ocasión del bicentenario del Consejo de Estado francés, en el que desarrolla los sistemas de control jurisdiccional de la administración en el Derecho Comparado. En este análisis Libardo Rodríguez³² afirma que el control jurisdiccional de la administración pública se realiza por medio de sistemas disímiles en los diferentes países, que pueden clasificarse, con diversos matices, en monistas de una parte, y dualistas o pluralistas, de otra, según predomine el criterio de que dicho control debe realizarse por los mismos jueces que tradicionalmente han tenido a su cargo la solución de las controversias entre particulares, o por jueces especializados que conforman una jurisdicción administrativa autónoma de la jurisdicción común u ordinaria.

Libardo Rodríguez³³ concluye afirmando que el estudio de la evolución de los sistemas de control jurisdiccional de la administración refleja una tendencia hacia el dualismo predicado por el sistema de derecho administrativo y, con ello, hacia la necesidad de que la administración se someta a un régimen jurídico especial cuyo juzgamiento corresponda a un juez igualmente especial a través de procedimientos especiales. Interesante también es el estudio sobre la perspectiva histórica de la justicia administrativa en América Latina referido a las influencias europea continental y de Estados Unidos, que presenta Perlingeiro.³⁴ Y en sentido más amplio también podemos destacar un estudio sobre las perspectivas comparadas de la Justicia Administrativa publicado en México³⁵, al igual que la panorámica visión iberoamericana analizada por Casagne.³⁶

Ahora bien, a nuestro modo de ver y visto todo el panorama antes referido, podemos determinar que estos sistemas fundamentalmente son: el sistema de régimen administrativo y el sistema judicial, en sus diversas modulaciones, según veremos a continuación.

³¹ Rodríguez, Libardo. "Los sistemas de control jurisdiccional de la administración en el Derecho Comparado", en las *Memorias del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Margarita-Venezuela, EJV-Cajo, Caracas 2012.

³² *Ob. cit.*

³³ *Ob. cit.*

³⁴ Perlingeiro, Ricardo. "Perspectiva histórica de la jurisdicción administrativa en América Latina: Tradición europea continental vs. Influencia estadounidense". *Diálogos de Saberes*, N° 44 enero-junio, Bogotá 2016.

³⁵ García, Adriana y López, Sergio (coordinadores). *Perspectivas comparadas de la justicia administrativa*, CIDE, México 2017.

³⁶ Casagne, Juan Carlos. "La justicia administrativa en Iberoamérica". file:///C:/Users/Portatil/Documents/JLVM/16348.Texto%20del%20art%C3%ADculo-64979-1-10-20170206%20(2).pdf

Sistema de régimen administrativo (o dualidad de jurisdicción)

Es el primero que surge históricamente. Su esencia consiste en la creación, dentro del seno de la propia administración, de la jurisdicción contencioso-administrativa, con lo que aquella actúa independientemente respecto del poder jurisdiccional. La razón de ser de este sistema radica en la interpretación que los revolucionarios franceses efectuaron del dogma de la división de poderes: en su concepción debería existir una auténtica separación entre los distintos poderes del Estado; en particular, la Administración, no podría ver dificultada de cualquier manera su labor por la acción judicial, ni los administradores podrían ser citados ante los jueces por razón de sus funciones.³⁷ La existencia de dos órdenes de jurisdicción reposa, en sus orígenes, sobre el principio de separación de poderes³⁸. Se estableció así un vínculo estrecho entre el principio separación de poderes, regla política, y el principio de separación de autoridades administrativa y jurisdiccional, regla jurídica de distribución de competencias.

Este sistema denominado también de la sustantividad otorga la titularidad del control jurisdiccional a la propia Administración por medio de órganos especializados, que no tienen ninguna vinculación con el Poder Judicial y que además actúan separada e independientemente de las autoridades que ejecutan funciones administrativas (Administración activa).

En sus orígenes este sistema se aplicó de forma extraordinariamente rigurosa: los órganos activos se reservaron la facultad de resolver, aunque mediase previamente el dictamen de órganos consultivos. Es la fase denominada de la jurisdicción retenida. A partir de la Ley de 24 de mayo de 1872 se pasa al sistema de la jurisdicción delegada: desde aquella fecha se puede hablar ya del nacimiento de una verdadera jurisdicción administrativa, ya que el Consejo de Estado resuelve por sí mismo los litigios de aquel carácter, sin ulterior intervención de la Administración activa.³⁹

Este es el sistema que impera en Francia, donde –repetimos– surge históricamente por una peculiar comprensión del principio de la separación de poderes, al prohibirse que los tribunales judiciales pudieran intervenir en litigios contra la Administración, o turbar de cualquier manera el funcionamiento de la Administración. En la actualidad existe consagrado este sistema administrativo en el cual el Consejo de Estado es el juez administrativo superior, pero formando parte de la Administración, sin poder invadir el dominio de la Administración activa, al igual que los demás tribunales administrativos.⁴⁰

Sistema judicialista (única jurisdicción)

Este sistema es consecuencia de la independencia judicial ante el Rey (desde el siglo XVII), que concibe al Juez como un órgano del Derecho frente al cual el Poder Ejecutivo tiene poderes limitados. De acuerdo con ello, la fuerza de los actos públicos es la fuerza de la Ley en que se apoyan, de donde deriva que su incumplimiento equivale a

³⁷ Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, 13 edición, Ténos, 1991.

³⁸ García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Tirant lo Blanch, 2001.

³⁹ Entrena Cuesta, *ob.cit.*

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo. *ob.cit.*

infringir la ley y aquí está la razón decisiva que da entrada a los tribunales, quienes detentan un absoluto control jurisdiccional.⁴¹

Este sistema surge en Bélgica como una reacción frente al sistema francés. En efecto, como nos relata Entrena Cuesta⁴², cuando las tropas napoleónicas abandonan este país, dejan el amargo recuerdo del sistema que durante años habían implantado en el mismo y de la decisiva influencia que el Consejo de Estado francés, como asesor del Emperador, había ejercido en aquellos años de sumisión. Así las cosas, los belgas al estructurar su jurisdicción contencioso-administrativa, se orientan a diseñar un sistema completamente distinto del que habían padecido, y, a tal fin, atribuyen a los tribunales la competencia sobre los litigios en que interviene la Administración, cualesquiera que fuesen las normas sustantivas que regularan dichos litigios. Pero a partir de 1946 se implantó en Bélgica el sistema administrativo.

En este supuesto, el titular del control jurisdiccional de la Administración es un órgano independiente, que no forma parte de la Administración. Dentro de este sistema podemos distinguir tres modulaciones:

- Ortodoxo

En un primer reflejo de este sistema, en la forma más pura o propiamente dicha, la competencia para juzgar a la Administración se haya atribuida a los tribunales ordinarios, como es el caso del Derecho anglosajón; esto es, los mismos tribunales que juzgan las controversias entre particulares.

- Jurisdicción especializada

En este supuesto, la titularidad del control jurisdiccional de la Administración está atribuida al Poder Judicial. El contencioso-administrativo es, sobre todo, jurisdicción, una jurisdicción especial, distinta de la ordinaria [la civil, penal, etc. Por ello, es necesario crear dentro del Ordenamiento jurisdiccional, no sólo tribunales independientes de la Administración pero diferentes de los ordinarios y especializados en cuestiones contencioso-administrativas. Estos tribunales especiales, sin embargo, no quiebran la unidad de jurisdicción, a la cual continuarán perteneciendo. Este es el sistema que se encuentra consagrado en Alemania, España y Venezuela.

- Mixto

Es aquel donde el titular de la competencia para conocer de la materia contencioso-administrativa se reparte entre los tribunales ordinarios y los tribunales contencioso-administrativos, según el criterio de la naturaleza de la cuestión administrativa y su incidencia sobre los derechos individuales. Es el caso de Italia, en donde la competencia está atribuida a la jurisdicción ordinaria si se trata de cuestiones relativas a los derechos subjetivos, es decir, esta jurisdicción ordinaria es competente para conocer de los conflictos de la administración pública donde se discutan derecho subjetivos; en cambio, la jurisdicción administrativa conoce de los litigios en los cuales sea parte la administración pública que versen sobre intereses legítimos, y en los asuntos específicos señalados por la ley donde se pretenda la protección de los derechos subjetivos. Como se ve este sistema es complejo.

⁴¹ García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Tirant lo Blanch, 2001.

⁴² Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, 13 edición, Técno, 1991.

Para concluir este análisis recordaremos que junto al Consejo de Estado Francés hay otros países que también le dan competencia consultiva a sus órganos de control judicial administrativo, como son los casos de Italia y Colombia.

La clasificación que hemos presentado es obligado decirlo, no se corresponde de manera rigurosa con las legislaciones positivas, pero nos permite precisar una visión general de las varias posibilidades existentes en el Derecho comparado⁴³, para contrastarlas con el sistema venezolano que abordaremos a continuación.

2. Sistema venezolano

A. Configuración del Estado en la Constitución de 1999

El artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se abre con la siguiente proclamación:

“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”.

Este principio puede considerarse como la resultante del proceso evolutivo recorrido por el Estado constitucional desde su nacimiento hasta nuestros días. En este proceso, cada una de las transformaciones experimentadas por el Estado de Derecho ha supuesto un claro progreso respecto de la estructura anterior. Se ha llegado así, mediante una evolución progresiva, hasta el momento actual, en que el principio fundamental del Estado social y democrático de Derecho se presenta como una realidad propia del mundo occidental.⁴⁴

Cada una de las tres notas caracterizadoras del Estado se ha traducido históricamente en una serie de rasgos peculiares: así, sin ánimo exhaustivo, el principio de legalidad y la división de poderes (Estado de Derecho), el sufragio universal (Estado democrático) y el reconocimiento de un conjunto de derechos sociales y la subsiguiente intervención estatal en la vida socio-económica (Estado social).⁴⁵ Pero nuestro constituyente incluyó una nota caracterizadora más: y de justicia. La ambigüedad de este concepto, la pérdida del sentido mítico de sus orígenes, han conducido a que podamos considerar que no estamos ante un valor superior, sino ante el instrumento de los jueces para incorporar a sus resoluciones criterios de moralidad. Podemos considerar además que la justicia tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo valor en sí, sino también medida de los demás valores sociales y jurídicos, en una dimensión dinámica de la justicia.⁴⁶

⁴³ Brewer-Carías, Allan R. “La justicia administrativa en el Derecho comparado latinoamericano”, *Memorias Congreso AEPDA*, 2019. file:///C:/Users/Portatil/Documents/JLVM/CONGRESO%20AEPDA-JUSTICIA%20ADVA.-2019.pdf

⁴⁴ Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*, Dikynson, Madrid, 1992.

⁴⁵ Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo Constitucional*, CIDEP-EJV, Caracas 2017.

⁴⁶ *Ibidem*.

Los principios constitucionales aquí referidos no son compartimientos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna nuestro Estado. Al margen ya de las correlaciones y conexiones entre ellos, cabe decir que los principios señalados reflejan una tradición muy arraigada en los ordenamientos liberales, que en último término revela una inequívoca preocupación garantista, pues con ellos, en definitiva, lo que se pretendía, y aún pretende, es garantizar la situación jurídica de los ciudadanos frente a la actuación de los poderes públicos. Estos principios, son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador. En todo caso, de la eficacia normativa de los mismos no debe existir la más mínima duda.⁴⁷

Así las cosas, la función (potestad) judicial como cometido del Poder Público deberá situarse en este contexto del Estado Democrático, y Social de Derecho y de Justicia. Fuera de este aspecto contextual no tendrá sentido alguno.⁴⁸

B. Aproximación histórica

Como advierte Daniela Urosa⁴⁹ si bien está claramente determinado en el tiempo el nacimiento del contencioso venezolano como sistema (en la Constitución de 1961), no hay acuerdo pacífico en nuestra doctrina acerca del origen exacto de la justicia administrativa en Venezuela. La Constitución de 1830 parece como la primera en recoger de forma clara los principios del estado de derecho y situarse allí el origen del contencioso administrativo remoto. Pérez Guevara, lo ubicó en la Constitución de 1864, texto en el que se incluyó la competencia de la alta Corte Federal para declarar la nulidad de todo acto del congreso o del poder ejecutivo que viole los derechos garantizados de los estados. Polanco Alcántara consideró que es la Constitución de 1925 la que estableció por primera vez el control jurisdiccional del cumplimiento del principio de legalidad por parte del poder ejecutivo. Para Brewer la Constitución de 1811 estableció el germen de lo que luego sería el control jurisdiccional de los poderes públicos, cuando en sus artículos 199 y 227 se estableció la nulidad absoluta de cualquier ley que se expidiese en contra de la Constitución.⁵⁰

Aunque existen diferentes estudios⁵¹ para determinar la evolución del contencioso administrativo en Venezuela, consideramos que el más sistemático lo realiza el maestro Araujo-Juárez⁵² al presentar la evolución histórica de la jurisdicción administrativa en

⁴⁷ Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo Constitucional*, CIDEP-EJV, Caracas 2017.

⁴⁸ Brewer-Carías, Allan R. “La justicia administrativa en el Derecho comparado latinoamericano”, *Memorias Congreso AEPDA*, 2019. file:///C:/Users/Portatil/Documents/JLVM/CONGRESO%20AEPDA-JUSTICIA%20ADVA.-2019.pdf

⁴⁹ Urosa Magi, Daniela. “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio, anuario academia de ciencias políticas y sociales”, 2009.

⁵⁰ Urosa Magi, Daniela. *ob.cit.*

⁵¹ Calcaño De Temeltas, Josefina. “Origen y evolución del sistema Contencioso Administrativo Venezolano”, en *Derecho Procesal Administrativo*, Vadell Editores, Valencia 1995. Moles Caubet, Antonio et al. *Contencioso Administrativo en Venezuela*, EJV, Caracas 1989.

⁵² Araujo-Juárez, José. “La configuración constitucional del contencioso administrativo en Venezuela. Antecedentes, origen, evolución y consolidación”, en la obra colectiva *La actividad e inactividad ad-*

Venezuela en cuatro períodos atendiendo a la configuración constitucional del sistema, así: **Antecedentes:** 1830/1922, **Origen:** 1925/1936, **Evolución:** 1945/1953, **Consolidación:** 1961/1999.

C. Modelo venezolano

¿Dentro de cuál de los sistemas expuestos debe situarse el sistema venezolano? Veamos:

Como primer precedente recordamos que la extinta Corte Suprema de Justicia siguiendo la orientación de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, sostuvo que el sistema venezolano de la jurisdicción administrativa es judicialista. En efecto, la Corte expresó lo siguiente:

“Como fue indicado dentro de la Exposición de Motivos de la Constitución, ésta consagra el carácter judicialista de la Jurisdicción Contencioso-administrativa apartándose así del sistema francés y reafirmando la tendencia de la legislación nacional consistente en otorgar el control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la Administración a los órganos del Poder Judicial”.⁵³

La Constitución de 1999 consagra un sistema judicialista como aparece reflejado en el artículo 259:

“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

El Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido en este sentido que el sistema venezolano es judicialista conforme claramente lo consagra el artículo 259 constitucional, ratificando su configuración desde la Constitución de 1961.⁵⁴

La doctrina ha opinado, casi unánimemente, como refiere Daniela Urosa,⁵⁵ que el control contencioso administrativo y en general, todo el control jurisdiccional de las Poderes Públicos en Venezuela se ha constituido desde su origen como un orden judicialista, esto es, un control residenciado exclusivamente en el Poder Judicial. En ese aspecto la diferencia con el sistema francés, de doble jurisdicción o jurisdicción administrativa, es radical y precisamente por ello el profesor Moles fue enfático al afirmar que “en Venezuela no tuvo lugar ninguna recepción del sistema francés, ni “ratio im-

ministrativa y la jurisdicción contencioso administrativa (Víctor Hernández-Mendible, Director), EJV, Caracas 2012.

⁵³ CSJ/SPA: 14-02-70, GF, N° 70-179.

⁵⁴ Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 955 de 27-04-00).

⁵⁵ Urosa Magi, Daniela. “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio, anuario academia de ciencias políticas y sociales”, 2009.

perio”, como sucedió en Italia, ni “imperio ratio” como en tantos otros países. Los fundamentos fueron distintos y el desenvolvimiento se produjo de diferente manera”⁵⁶.

Daniela Urosa⁵⁷ ha analizado la influencia francesa y española en el sistema contencioso administrativo venezolano, concluyendo que de ambos sistemas se ha nutrido pero con precisiones fundamentales. En efecto, del sistema francés se reciben los principios fundamentales del Estado en el contexto constitucional, y en concreto la herencia de los medios de control que se desarrollaron en el ámbito de los medios procesales contencioso-administrativos originales –recurso de anulación y recurso de plena jurisdicción–, influencia no obstante importada por la doctrina y jurisprudencia, no así por la ley, que nunca utilizó tal terminología ni estableció un medio procesal igual al recurso de plena jurisdicción francés. Como consecuencia de esa influencia, el sistema de medios procesales contenciosos en Venezuela se ha caracterizado por ser un modelo de catálogo o lista de “medios de impugnación” correspondiente a cada “actuación impugnada”, con claros vestigios revisores poco adaptados a los principios propios del Derecho Procesal⁵⁸.

También existe una importante referencia de la justicia administrativa española, no sólo porque ese ordenamiento sí influyó decisivamente al momento de la concepción constitucional de nuestro sistema de justicia administrativa, sino además porque esa concepción constitucional mantiene aún plena vigencia, ante la reedición del artículo 206 por el artículo 259 de la Constitución de 1999. Ahora bien, en esa constitucionalización del contencioso administrativo venezolano, a través del reconocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en el artículo 206 de la Constitución de 1961, sí hubo una clara influencia de legislación extranjera: el Derecho español. Así lo afirmó el propio Moles Caubet al decir que es una traslación del modelo español.⁵⁹ De manera que la influencia del sistema contencioso administrativo español, ha sido evidente y afortunada en el sistema contencioso administrativo venezolano no solo en su origen en 1961, sino incluso en la Constitución de 1999. En este escenario concluimos que el sistema venezolano de control de la Administración Pública es judicialista especializado.

- Configuración constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa

La Constitución de 1999 recoge en el título IV los principios que inspiran la actuación administrativa y garantizan el sometimiento pleno de su actividad a la Ley y el Derecho. La Constitución garantiza el sometimiento de las Administraciones Públicas al principio de legalidad, tanto con respecto a las normas que rigen su propia organización, como al régimen jurídico, el procedimiento administrativo y el sistema de responsabilidad. La Jurisdicción Contencioso-administrativa es un pieza capital del Estado de Derecho. Le corresponde la misión de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración.

⁵⁶ Moles Caubet, Antonio et al: *Contencioso Administrativo en Venezuela*, EJV, Caracas 1989.

⁵⁷ Urosa Magi, Daniela. “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, anuario Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.

⁵⁸ Urosa Magi, Daniela. *ob.cit.*

⁵⁹ Moles Caubet, Antonio et al. *Contencioso Administrativo en Venezuela*, EJV, Caracas, 1989.

La Constitución de 1999 establece en su artículo 2 que Venezuela es un Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia, como ya se ha analizado en este trabajo. El artículo 141 constitucional establece que la Administración pública debe servir con objetividad a los intereses generales. Este sometimiento pleno a la Ley y al Derecho implica el sometimiento pleno al Juez, instrumento imprescindible de ambas realidades normativas.

La jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela está consagrada en el artículo 259 de la Constitución, cuya redacción es:

“La jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

En esta configuración se otorga rango constitucional a dos ámbitos de ésta: su perfil orgánico, cuando hace referencia a los tribunales a los que corresponde el ejercicio de las competencias contencioso-administrativas; y su perfil procesal, cuando hace referencia a las distintas pretensiones que pueden plantear los particulares ante dichos tribunales: nulidad de actos administrativos generales y particulares, condena al pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; las reclamaciones por la prestación de servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Pero a la par de esta consagración constitucional de la jurisdicción administrativa, la Constitución ha consagrado una institución fundamental que la complementa y potencia: el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26, que así está redactado:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos..., a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, idónea, imparcial, accesible, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

Así las cosas, la Constitución también ha consagrado otros principios fundamentales que desarrollan ese derecho a la tutela judicial efectiva.⁶⁰ El derecho a la defensa y al debido proceso (Art. 49), el fomento de la descentralización del poder judicial para hacerlo más accesible al colectivo (Art. 269). Y la desformalización del proceso al consagrarlo como un instrumento fundamental para la realización de la justicia, la cual no podrá ser sacrificada por la omisión de formalismos no esenciales o inútiles (Art. 257).

Aunque ha sido la necesidad de garantizar la plenitud del derecho a la tutela judicial efectiva en cada uno de los ámbitos señalados, lo que ha impuesto la revisión de

⁶⁰ Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo Constitucional*, CIDEP-EJV, Caracas, 2017.

muchos aspectos del contencioso-administrativo a fin de que se convierta en un medio efectivo de protección de los derechos de los particulares.⁶¹

- Perfil orgánico

Conforme al artículo 259 de la Constitución, esta jurisdicción tiene carácter pluri-orgánico. Es decir, está compuesta por diversos tribunales, encabezados por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Con la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa DE 2010⁶² se diseña una nueva arquitectura orgánica⁶³ para la jurisdicción contencioso administrativa en desarrollo de la Constitución (Artículos 11 al 21) de la siguiente forma:

- Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.
- Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de carácter colegiado, por regiones.
- Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de carácter unipersonal, uno en cada Estado.
- Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de carácter unipersonal.

Así se sustituye el esquema anterior compuesto por Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la Corte Primera y Segunda de lo Contencioso-Administrativo (con sede en Caracas, jurisdicción en todo el territorio nacional y colegiadas), y los Juzgados Superiores Regionales de lo Contencioso-Administrativo. (Unipersonales, llamados tribunales contencioso administrativo regionales, por cuanto su competencia no está limitada a materias específicas, sino que, la misma comprende el control de la Administración Pública estatal y local, cualquiera que sea su esfera de actuación, determinándose su competencia concreta en razón de criterios territoriales o de cuantía.

La creación material a partir de 2015 de los Juzgados Nacionales de lo Contencioso Administrativos ha sido lenta y ha generado mucha confusión competencial. Y los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no tenemos noticia de su creación material.

Por otra parte, también conforman la jurisdicción contencioso-administrativa, los denominados tribunales contencioso-administrativos especiales, que conocen sólo de materias específicas de la actividad global de las administraciones públicas. Pueden ser *permanentes*, como los Juzgados Superiores Agrarios, y los Juzgados Superiores Contencioso-Tributarios, que a parte de tener sede en Caracas, se han establecido por regiones. Pueden ser también *eventuales*: como los Juzgados de Municipios (en materia del denominado contencioso inquilinario).

⁶¹ Araujo-Juárez, José. “La configuración constitucional del contencioso administrativo en Venezuela. Antecedentes, origen, evolución y consolidación”, en la obra colectiva *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa* (Víctor Hernández-Mendible, Director), EJV, Caracas, 2012.

⁶² G.O N° 39451 de 16 de junio de 2010.

⁶³ Geyer, Arlette. “La Organización de la jurisdicción contencioso administrativa”, en la obra colectiva *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa* (Víctor Hernández-Mendible, Director), EJV, Caracas 2012.

Aunque la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sólo se refiere a una jurisdicción especial, la Tributaria, como parte de la jurisdicción contencioso Administrativa y regulada especialmente por el Código Orgánico Tributario. (Art. 12 LOJCA).

- Perfil procesal

Siguiendo al maestro González Pérez⁶⁴, consideramos que el proceso administrativo como cualquier proceso judicial, debe analizarse teniendo como núcleo su objeto, es decir, la pretensión procesal. Este enfoque tiene recepción en nuestro sistema constitucional de justicia administrativa, consagrado en el artículo 259 cuando hace referencia a las distintas pretensiones que pueden plantear los particulares ante dichos tribunales: nulidad de actos administrativos generales y particulares, condena al pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; las reclamaciones por la prestación de servicios públicos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.⁶⁵

Destacamos la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁶⁶ en el caso Bogsibika, que determina que la Constitución consagra un sistema abierto de pretensiones, no cerrado, y que toda pretensión fundada en derecho administrativo debe ser oída por el juez. Así las cosas, como acertadamente plantea Daniela Urosa, consideramos que la ordenación del proceso administrativo en el sistema venezolano debe atender a la naturaleza y contenido de la pretensión procesal administrativa, lo que implica atender al contenido de la petición que se formule en la pretensión.⁶⁷

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁶⁸ (Primera ley que regula especialmente esta jurisdicción en Venezuela), los diferentes procesos⁶⁹ regulados por ella se determinan según la pretensión procesal deducida, y no por el tipo de acto impugnado como fue en el pasado. Así tenemos diseñados en la LOJCA, artículos 56 al 86, tres procedimientos en primera instancia. Y de los artículos 27 al 55 se establecen unas disposiciones generales a estos procedimientos. Estos son:

- 1.- De las demandas de contenido patrimonial (art. 56 al 64).
- 2.- Procedimiento breve (Art. 65 al 75). Sólo para las pretensiones de reclamo en la prestación de servicios públicos, vías de hecho y abstención. El legislador aclara que siempre y cuando no tengan contenido patrimonial o indemnizatorio.
- 3.- Procedimiento común u ordinario (art. 76 al 86). Para tramitar las pretensiones de nulidad, interpretación y controversias administrativas.

⁶⁴ González Pérez, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993.

⁶⁵ Urosa Maggi, Daniela. “La pretensión procesal administrativa”, en la obra colectiva *El Contencioso-Administrativo hoy*, Funeda, Caracas, 2004.

⁶⁶ Sentencia N° 93 de fecha 01 de febrero de 2006.

⁶⁷ Urosa Maggi, Daniela. “La pretensión procesal administrativa”, en la obra colectiva *El Contencioso-Administrativo hoy*, Funeda, Caracas, 2004.

⁶⁸ G.O N° 39451 de 16 de junio de 2010.

⁶⁹ Brewer-Carías, Allan R. y Hernández Mendible, Víctor. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, EJV, Caracas, 2010.

Se establece un procedimiento en segunda instancia (Art. 87 al 94) común para los tres procedimientos indicados en primera instancia. Es de destacar que en la LOJCA también se regulan un procedimiento de medidas cautelares (Art. 103 al 106), y un procedimiento de ejecución de sentencias (Art. 108 al 111).

- Notas relevantes que la caracterizan

Como precisión contextual debemos plantear, antes de desarrollar estas notas relevantes de la jurisdicción administrativa, la separación existente en la Constitución de la jurisdicción constitucional y la administrativa. En efecto, la Constitución de 1999 ha deslindado claramente, a diferencia del régimen anterior, la jurisdicción constitucional de la contencioso-administrativa, de manera que sólo se incluye dentro de la primera a los actos que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y dentro de la segunda a todo acto sublegal, aunque en él se denuncien vicios de inconstitucionalidad.⁷⁰ El Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de la Sala Constitucional de 24-09-03, N° 2552, ha establecido:

“.....la jurisdicción constitucional se define según los actos impugnables y, en ese sentido, sólo abarca actos con rango de ley, provengan de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República, o actos de órganos deliberantes estatales y municipales, siempre que ellos emanen como aplicación directa e inmediata del texto constitucional. La jurisdicción contencioso-administrativa, en cambio, está concebida para conocer de actos sublegales sin importar el vicio que se les impute. En tal virtud, no es la violación de una norma fundamental lo que permite a la jurisdicción constitucional conocer de un acto, como sucedía con anterioridad, sino la jerarquía del mismo. Por ello, un acto sublegal, así se le imputen variados vicios de inconstitucionalidad, no corresponderá a la jurisdicción constitucional.”

De acuerdo con el tradicional análisis de García de Enterría, los caracteres generales delimitadores de la naturaleza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa pueden sintetizarse como sigue, aunque conectados con el sistema venezolano:

Judicial especializada. Lo que implica la ubicación de los tribunales contencioso-administrativos dentro de un único Poder Judicial, no fuera de él, como ocurre en otras latitudes jurídicas⁷¹. Y es especializada porque dentro del Poder Judicial la jurisdicción contencioso administrativa se encarga de controlar y juzgar la actuación de la Administración Pública, es decir, delimita su ámbito como establece el artículo 259 constitucional. Se sigue así la tradición en nuestra evolución constitucional desde 1925.

Este carácter que es un axioma de nuestro sistema de justicia administrativa ha sido destacado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión de 15-10-70, y en decisión de 27-04-00.⁷² Por tanto estamos ante una jurisdicción ordinaria especializada.

⁷⁰ Brewer-Carías, Allan R. y Hernández Mendible, Víctor. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, EJV, Caracas, 2010.

⁷¹ Rodríguez, Libardo. “Los sistemas de control jurisdiccional de la administración en el Derecho Comparado”, en las *Memorias del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Margarita-Venezuela, EJV-Cajo, Caracas, 2012.

⁷² Brewer-Carías, Allan R. *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, EJV-CECLA, Caracas, 2005.

Globalidad. También denominada universalidad del control administrativo quiere significar que toda actuación de la Administración Pública está bajo su control y también los actos dictados por particulares en ejercicio de potestades públicas (actos de autoridad), y en ciertos casos decisiones judiciales y legislativas calificadas como administrativas. Esta característica implica, desde otra óptica, que no hay actuación de las referidas que esté exenta al control contencioso-administrativo, como establece la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Plena o subjetiva. Configura un sistema donde el proceso es un instrumento para la realización de la justicia, y un medio para hacer valer el derecho a la tutela judicial efectiva (Arts. 26,259,257). Es decir, se trata de un verdadero sistema de tutela de subjetiva de intereses y derechos. Ya no es meramente el proceso objetivo de control de legalidad en el que se efectuaba el proceso como en la Edad Media le hacían un juicio a un cadáver, sino se ha producido la transformación en un proceso subjetivo de tutela de derechos. Se trata de una primera instancia judicial, de un verdadero proceso entre partes, con plenos poderes del juez. Ahora bien este favorable cambio o subjetivización se ha centrado más en temas como la legitimación procesal, las medidas cautelares, la ejecución y efectividad del fallo, pero por el contrario no se ha visto reflejada aún en la estructuración del proceso según la naturaleza y requerimientos de la pretensión.⁷³

Función de control y judicial. Porque controla el ejercicio del poder por parte de la Administración y su proporcionalidad. Se trata de obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración, por actividad, inactividad o vía de hecho. Así aparece reflejado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Pero también ejercer una función judicial como consecuencia de la defensa de los derechos e intereses de los particulares, como jurisdicción de libertad frente a la actuación administrativa⁷⁴.

Pluriorgánica. Porque son varios los órganos que conforman la jurisdicción, es decir, el TSJ y los demás que determine la ley, como establece el artículo 259 constitucional. Así lo ha desarrollado la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el Título II, desde el artículo 11, al diseñar la arquitectura orgánica de la jurisdicción a partir de 2010, bajo el epígrafe “De la estructura orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”⁷⁵, que ha sido descrita con anterioridad en este trabajo.

⁷³ Urosa Maggi, Daniela. “La pretensión procesal administrativa”, en la obra colectiva *El Contencioso-Administrativo hoy*, Funeda, Caracas, 2004.

⁷⁴ VV.AA. “La protección jurídica del ciudadano”, *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, (Lorenzo Martín Retortillo, Coordinador), Civitas, 1993.

⁷⁵ Geyer, Arlette. “La Organización de la jurisdicción contencioso administrativa”, en la obra colectiva *La actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa* (Víctor Hernández-Mendible, Director), EJV, Caracas, 2012.

IV. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN TERAPIA INTENSIVA

En esta época aciaga para el Estado de Derecho en Venezuela⁷⁶, podemos afirmar que estamos ante una cadena de infortunios y un panorama desolador de la justicia administrativa en Venezuela, como se constata en el magnífico trabajo elaborado por el profesor Hernández-Mendible bajo el título de “Tres decálogos de las desventuras de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.⁷⁷ Podemos afirmar que se viene produciendo un desmantelamiento progresivo del Estado de Derecho.

Hay estudios que analizan el comportamiento del Tribunal Supremo, especialmente en las sentencias emitidas por las Salas Constitucional y Político Administrativa, dando cuenta de la sumisión de este órgano judicial al proceso revolucionario.⁷⁸ En esta dirección destacamos el trabajo del profesor Torrealba que analiza el estadio final en la negación de la función constitucional de la justicia administrativa por su defensa política a ultranza de la Administración pública venezolana.⁷⁹ Otros estudios del derecho comparado se hacen eco de las tendencias judiciales y su influencia sobre los derechos en Latinoamérica, resaltando la nula independencia judicial como es el caso venezolano.⁸⁰

La Comisión Internacional de Juristas ha declarado, sin ambages, la sumisión del Tribunal Supremo de Venezuela al Poder Ejecutivo⁸¹. El informe correspondiente a 2019 presentado por esta organización, determina que a raíz de varias medidas gubernamentales y decisiones del TSJ se ha socavado el Estado de Derecho y la democracia en Venezuela, vulnerado el principio de separación de poderes y conculcados las funciones constitucionales y la autonomía del Poder Legislativo. La crisis institucional del Estado afecta gravemente a todos los poderes públicos, erosionando su credibilidad. El Poder Judicial, como consecuencia de sus decisiones basadas en imponer los intereses políticos del Poder Ejecutivo, ha perdido sus atributos esenciales y distinguibles, tales como: autonomía, independencia y legitimidad.

LA CIDH de la OEA en el informe 2019 sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela⁸² concluye que la prolongación indefinida e irrestricta del estado de excepción, la suspensión de los poderes de la Asamblea Nacional democráticamente electa, la falta de independencia judicial, la extralimitación de funciones de la Asamblea Nacional Constituyente, la ausencia de garantías para la celebración de elecciones libres y democráticas, y en general, la falta de subordinación de las instituciones del Estado a la autoridad civil, evidencian una clara alteración del orden constitucional. A ello se

⁷⁶ Pesci Feltri, Flavia. “Venezuela: el desmantelamiento progresivo del Estado de Derecho”, *Revista de Derecho Público*, N° 157-158, EJV, Enero-junio 2019

⁷⁷ Hernández Mendible, Víctor. “Tres decálogos de las desventuras de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en la obra colectiva *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*, EJV, 2014.

⁷⁸ Canova González, Antonio et al. *El TSJ al servicio de la Revolución*. Editorial Galipán, 2015.

⁷⁹ Torrealba, Miguel Ángel. “La Justicia Administrativa venezolana actuando como defensora política de la Administración Pública”. *Revista Tachirense de Derecho* N° 30, UCAT, 2019.

⁸⁰ Rey, Fernando (Director). *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, FIIAPP-UCM, 2011.

⁸¹ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS-CIJ: El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: un instrumento del Poder Ejecutivo. Ginebra, 2017.

⁸² CIDH: Informe Anual, 2019. <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/indice.asp>

suma una crisis humanitaria generalizada que ha repercutido en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, y que ha conducido a la migración forzada de millones de venezolanos y venezolanas. Igualmente, la Comisión ha tomado en cuenta la renuencia del Estado en adoptar medidas decididas para reestablecer la separación y el equilibrio de los poderes públicos.

El Informe de PROVEA 2019 en el capítulo referente a la justicia expresa con rotundidad que el año 2019 marca la consolidación de un Estado de hecho en Venezuela, donde las máximas autoridades de todos los poderes públicos han sido nombradas o elegidas en contra de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los principios más básicos de la democracia, salvo por el Poder Legislativo. El Ejecutivo nacional, apoyado por la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, concentra todo el poder, sin control alguno, ni siquiera el parlamentario, y ejerce un gran control social, económico y político. El papel del Poder Judicial ha sido clave para dar apariencia de legalidad a un Estado que actúa al margen de la CRBV y que, lejos de proteger a los ciudadanos y controlar el ejercicio del poder, se ha transformado en un órgano represor al servicio del poder.⁸³

El Informe del 04-07-19 de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) Michelle Bachelet, sobre la situación en Venezuela, pone de manifiesto graves violaciones de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos. También muestra que el derecho de acceso a la justicia y a la reparación de las víctimas ha sido violado de forma sistemática, así como el derecho al debido proceso.⁸⁴

Destacamos para esta reflexión el Índice de Estado de Derecho del WJP que es la principal fuente de datos originales sobre el Estado de Derecho en el mundo. El Índice de Estado de Derecho 2020 del WJP⁸⁵ muestra un continuo debilitamiento del Estado de Derecho alrededor del mundo. Derechos fundamentales, límites al poder gubernamental, y ausencia de corrupción son las áreas con mayores caídas en el reporte global.⁸⁶ Los tres primeros lugares en el Índice de Estado de Derecho 2020 son Dinamarca, Noruega y Finlandia; los últimos tres son República Democrática del Congo, Camboya y Venezuela. En los últimos cinco años, los países que experimentaron la mayor caída anual promedio en Estado de Derecho fueron Egipto (-4.6%), Venezuela, RB (-3.9%), Camboya (-3.0%), Filipinas (-2.5%), Camerún (-2.4%), Hungría (-2.1%), y Bosnia y Herzegovina (-2.1%). Es lamentable la posición de Venezuela en el contexto de los países que menor calidad tienen sobre la efectividad del Estado de Derecho. Y es en el índice referido a los límites al poder gubernamental del referido estudio, donde incardinamos la carencia de una justicia administrativa real que controle el poder y su abuso. Compartimos con el profesor Hernández-Mendible que es indispensable contar con un auténtico Poder Judicial independiente, autónomo, realmente competente en lo que se

⁸³ PROVEA (2019) Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela. <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/2020/07/15justicia.pdf>

⁸⁴ PROVEA (2019) Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Venezuela. <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/2020/07/15justicia.pdf>

⁸⁵ https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/2020%20WJP%20Rule%20of%20Law%20Index%20-%20Global%20PR_final_ESP.pdf

⁸⁶ https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/2020%20WJP%20Rule%20of%20Law%20Index%20-%20Global%20PR_final_ESP.pdf

refiere al conocimiento especializado y fundamentalmente capaz de asumir el reto de juzgar y hacer ejecutar lo sentenciado, para garantizar una auténtica tutela judicial efectiva en el orden jurisdiccional contencioso administrativo.⁸⁷ En esta sintonía destacamos el reciente y exhaustivo trabajo del maestro Araujo-Juárez sobre la independencia judicial y el Estado de Justicia en el contexto de la Constitución de 1999.⁸⁸

CONCLUSIÓN

Estamos convencidos, como nos enseña el maestro Jesús González Pérez,⁸⁹ que el verdadero desarrollo de la jurisdicción administrativa no se consolidará hasta que cada uno de los actores del sistema de justicia administrativa asuma su responsabilidad: legisladores, administradores, jueces y abogados.

Del legislador, evitando que se promulguen normas que desvirtúen las garantías que tanto ha costado convertir en Ley,

De la Administración, acatando las sentencias de los Jueces y respetando sus decisiones, aunque les parezcan equivocadas,

De los Jueces, aplicando con la mayor generosidad el principio de la interpretación más favorable al derecho de acceso a la justicia,

De los abogados, negándose al ejercicio de pretensiones infundadas, evitando incidencias y recursos inútiles.

Es notorio que este escenario no se podrá activar hasta que Venezuela retorne a la democracia y se construya un Estado de Derecho sustancial⁹⁰, donde el papel del Derecho Administrativo será faro rector para esta reconstrucción.⁹¹

⁸⁷ Hernández Mendible, Víctor. “Tres decálogos de las desventuras de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en la obra colectiva *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Iberoamérica*, EJV, 2014.

⁸⁸ Araujo-Juárez, José. “Estado de Justicia e independencia judicial”, *Revista de Derecho Público* N° 157-158, Enero-junio 2019, EJV. <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

⁸⁹ González Pérez, Jesús. “Constitución y justicia administrativa”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* N° 1, San José de Costa Rica, 2000.

⁹⁰ Ferrajoli, Luigi: Pasado y futuro de Estado de Derecho. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>

⁹¹ Hernández Mendible, Víctor y Villegas Moreno, José Luis (Coordinadores). “Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia”. *Liber Amicorum al Profesor José Araujo-Juárez*. CERE-CO-CIDEP, Caracas, 2018.

46. PRINCIPIO DEL CONTROL POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Marisol GARCÍA DELGADO*

Resumen: La Administración Pública y el control conforman un todo, donde aquella es el anverso y este el reverso. Son dos funciones distintas, pero no opuestas. La función de control debe colaborar con la Administración Pública, no antagonizar con ella.

Administración Pública y control, como un todo, comparten la responsabilidad de cristalizar en acciones y en resultados, tangibles y medibles, los mismos principios constitucionales.

A estos efectos, el control numérico-legal es un fraude a la credibilidad de la función contralora y de la Contraloría General de la República, la cual debe desarrollar a plenitud el control de gestión o de mérito, visualizando lo que ha de ser una Administración Pública ideal e ir en pos de su realización.

Palabras claves: Administración Pública, control, Contraloría General de la República, control numérico-legal, control de gestión.

Abstract: Public Administration and control constitute a single whole, where one is the front and the other is the back. They are two distinct functions, not at all opposed to each other. The control function must collaborate with the one for Administration; it should not antagonize the former.

Administration and control as a whole share the responsibility of crystallizing in actions and results (tangible and measurable), the same constitutional principles.

To these effects, the legal-numeric control is a fraud to the credibility of the controlling function and that of the General Comptroller of the Republic, which must develop fully the management or merit control; in this manner visualizing what ought to be the ideal Public Administration and ways to attain it.

Key words: Public Administration, control, General Comptroller of the Republic, legal-numeric control, management control.

En la invitación a participar en la obra colectiva *Principios fundamentales del Derecho público. Desafíos actuales*, con el tema: Principio del Control por parte de la Contraloría General de la República, encontramos una oportunidad para desafiarnos a nosotros mismos como Abogados comprometidos con el Derecho como instrumento de cambio.

* Abogado. Desempeñó los cargos de Director Sectorial de la Contraloría General de la República; Consultor Jurídico de la OCI; y Adjunto de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Hacienda. Escritorio Jurídico Luis Beltrán Guerra y Asociados.

Por eso, en lugar de obligarnos a elaborar un tema estrictamente académico, con reiteraciones de teorías y profusión de citas bibliográficas que avalen el conocimiento, nos permitirnos la libertad de escribir una especie de ensayo, para exponer con crudeza la imposibilidad de que los principios constitucionales plasmados en esta, anteriores y futuras constituciones, cristalicen en beneficio de la sociedad venezolana, en tanto persista, como entealequia, la Contraloría General de la República, una institución reticente a ejercer la función de control que la sociedad reclama.

I. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ES EL PROBLEMA

Nos corresponde desarrollar un tema que precisa de dos ópticas: la funcionalidad y la disfuncionalidad.

Desde la Contraloría General de la República¹ se observan, procesan, indagan, juzgan y castigan las incorrecciones e irregularidades de los administradores, pero pocas veces se observa y se calibra la disfuncionalidad del propio órgano contralor y como este influye en el mal funcionamiento de la Administración Pública.

Entonces, asumimos como tarea revelar lo que creemos es la causa principal de ese fenómeno, los fallidos esfuerzos institucionales para resolverlo y luego mostraremos, desde un punto de vista puramente teórico, el modo correcto en que debería desenvolverse el órgano contralor a objeto de que cumpla con la misión que tiene encomendada y que ha venido eludiendo desde hace casi un siglo.

Nuestra tarea, debe comenzar de un modo muy sencillo, respondiendo a la pregunta ¿En qué consiste la Administración Pública?

La Administración Pública consiste en planificar –enumerar y analizar hechos o situaciones, jerarquizarlos por su importancia, determinar la acción a seguir para transformarlos y decidir el uso de los instrumentos adecuados para ello– a fin de satisfacer oportunamente múltiples y variadas necesidades –intermedias o finales, de empresas o de sociedades– mediante el empleo o utilización de recursos escasos –dinerarios, humanos, técnicos o tecnológicos– y, finalmente, evaluar los resultados obtenidos, con miras a corregir u optimizar la labor administrativa misma.

Así pues, la evaluación, conocida entre nosotros como el Control, es una función indispensable e ínsita a la Administración Pública, porque siendo esta una actividad dinámica y contingente, en el sentido de que se enfrenta a los constantes cambios que ocurren en el entorno, siempre requiere vigilar, medir o sopesar los impactos y efectos de sus decisiones, haciendo los ajustes necesarios a su propia actuación, siempre con miras a alcanzar los objetivos que a corto, mediano o largo plazo se ha planteado esa misma Administración Pública, sea ella una organización empresarial o estatal.

Pasa que el análisis, un instrumento fundamental de la ciencia, que nos permite desentrañar un objeto de estudio –hecho, fenómeno, concepto o situación– descomponerlo en cada una de sus partes para dilucidar sus características y especificidades y ahondar profundamente en ellas, puede devenir, seguramente por exceso, en una separación permanente y en la consecuente desarticulación de ese todo que conforma nuestro objeto de estudio, haciéndole perder su sentido y verdadera naturaleza.

¹ Venezuela. *Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal*. Gaceta Oficial N° 6.013 Extr. del 23 de diciembre de 2010.

Esa desarticulación ocurrió con el concepto de Administración Pública que, sin dudas, comprende muchas y diversas actividades, cada una de ellas con su especificidad y alta complejidad meritorias, por supuesto, de un tratado particular: compras, inventarios, logística, insumos, recursos humanos, tecnología y, entre muchas otras, la evaluación o el Control, que es el tema que nos ocupa.

Así pues, por esa justificada necesidad de estudiar una función tan rica en contenidos y fines, que además requiere de la atención e intervención multidisciplinaria y, ciertamente, de la aplicación de técnicas específicas, la evaluación o el Control se disoció de la Administración Pública y tomó rumbos distintos y hasta opuestos a ella, con mucha pérdida de sentido y de utilidad tanto para el Control como para la Administración Pública misma.

Por eso, urge recomponer el entuerto y, utilizando una metáfora, lo afirmaremos de una vez: Administración Pública y Control son dos caras de una misma moneda. Son funciones distintas, como tantas otras que existen en una organización, pero no son dos funciones antagónicas, por lo que mantener una separación entre ambos elementos de un mismo concepto, de una misma noción, no hace más que crear un nuevo e irresoluto problema, conduciéndonos por extravíos sin solución posible.

Disociar Administración Pública y Control convierte a cada una de estas partes en una mera aproximación del todo, que es, en definitiva, la Administración Pública. Sin integrarse, cada parte desmembrada cumple una función inconducente. Al separarlos, hacemos de la Administración Pública y del Control dos costosos problemas imposibles de resolver aisladamente que, en el caso de la Administración Pública y el Control del Estado, en cualquiera de sus expresiones o manifestaciones orgánicas, ocasiona graves e irreversibles daños a las comunidades a las que se sirve.

Así pues, al desarticular Administración Pública y control, las dos partes de un mismo hecho o fenómeno, de un mismo objeto de estudio, de una misma actividad o disciplina, cada una de ellas corre por caminos distintos, y tan grave es que circulen por vías paralelas como que se enfrenten, como acaece en la mayoría de los casos, perdiéndose entonces el sentido y finalidad de la Administración Pública como disciplina fundamental en todos los ámbitos de la vida social.

Entonces, nuevamente, corrijamos el entuerto, con la utilización de la misma metáfora: Administración Pública y Control son dos caras de una misma moneda, la una sin la otra desnaturaliza la noción, el concepto mismo de esa moneda o se convierte en algo distinto, por defecto, por aberración, o por excepción, como trataremos de demostrar en este trabajo y ojalá de convencer sobre la necesidad de reintegrar, de reunir, de acoplar nuevamente la actividad de Administración Pública con la actividad de control.

II. LOS SISTEMAS DE CONTROL Y SUS ÓRGANOS INSTITUCIONALES

En Venezuela, la escisión entre Administración Pública y Control ha sido tan radical que este instituto jurídico, la Contraloría, su estructura y función son escasamente conocidos, lo cual nos obliga a ofrecer en este trabajo un elemental marco de referencia.

Como se sabe existen dos grandes sistemas en materia de control, el primigenio Sistema de Tribunales de Cuentas, que según Roque Citadini² aparece en el siglo XIII en países de formación latina, bajo la forma de órganos colegiados, para ejercer la función de control de los actos relativos a los ingresos y gastos de la Administración Pública –nótese la similitud de los términos con que se describe la función o misión de nuestra Contraloría General de la República, tanto en la Constitución como en su ley orgánica– para fiscalizar y verificar que el administrador actuó conforme a la norma legal que autoriza el gasto y la correcta aplicación de este.

El otro sistema de control, el de Contralorías o Auditorías Generales, surge en los países de tradición anglosajona, para coadyuvar al parlamento en su función de control o como órgano de control externo e independiente de cualquiera de los tres poderes tradicionales –nótese que la Contraloría General de la República, solo en cuanto a formalidad institucional, hizo este tránsito, primero como órgano autónomo y auxiliar del Congreso, y hoy como parte de un nuevo Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano– cuya principal característica y función es el ejercicio del denominado control de mérito, económico, de eficiencia, de auditoría o control de gestión que, traspasando el mero control formal y legal del gasto, persigue determinar si la actuación, la actividad administrativa, cumplió su objetivo, si los medios utilizados fueron los más adecuados, así como la relación costo-beneficio entre el servicio o la obra realizada y los recursos utilizados.

Los Tribunales de Cuentas, a propósito de la mayor complejidad adquirida por la Administración Pública, cuando esta amplía sus cometidos, multiplica sus órganos y aumenta exponencialmente sus gastos, advirtieron la precariedad de la fiscalización numérico-legal y ensancharon su horizonte con la incorporación de las técnicas del control económico, de mérito o de gestión.

Hoy, remata Roque Citadini, es prácticamente inconcebible controlar el acto administrativo con vistas solamente al aspecto de la legalidad.

No obstante, desde la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de 1938, cuando se estructura en tres Salas: de Examen, de Centralización y de Control, además de un Departamento Jurídico; pasando por las Constituciones de 1947, de 1961 y la de 1999, Venezuela se acoge, pero solo de nombre, al Sistema de Contralorías, porque en cuanto a la función que específicamente cumple siempre se limitó al control numérico-legal, a la comprobación de la veracidad, legalidad y sinceridad de las operaciones de gasto.

No deja de impresionar, tal como lo apunta Ambrosio Oropeza³, que incluso antes de la elaboración de la Constitución de 1961, se haya propuesto una reforma del órgano contralor: "...esta estructura y organización de la Contraloría si bien ha contribuido en forma eminente al correcto manejo de la hacienda pública, deja mucho que desear. En efecto, desde 1958, el Contralor General, Dr. Pietri, ha insistido ante el Congreso en la necesidad de una nueva legislación sobre la Contraloría que no solo permita la agilidad de sus funciones sino una severa vigilancia y control del gasto público. El Congreso,

² Roque Citadini, A. *El control externo de la Administración Pública*. Ed. Contraloría General de la República, Caracas 1999, pp. 17-21.

³ Oropeza, A. *La nueva Constitución de 1961*. Italgráfica, Caracas 1971, p. 510-511.

por su parte, ha comprendido la necesidad de una legislación que venga a sustituir la vigente dictada en un tiempo en que el presupuesto del Estado estaba muy lejos de alcanzar las cuantiosas proporciones del presente (...) Mas, el hecho es que hasta el momento los proyectos de leyes sobre la Contraloría aún no han culminado en la nueva legislación que reemplace las anacrónicas disposiciones de la ley orgánica de la hacienda pública nacional...”

De la misma realidad daba cuenta el mismo Poder Legislativo, que en ejercicio de su función de control sobre la Administración Pública acusaba las insuficiencias de la Contraloría General de la República, pues a pesar de que el artículo 236 de la Constitución de 1961 dispuso que la Contraloría General de la República fuera el órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública y que sus funciones, según el artículo 235, podría extenderse a los institutos autónomos y a las administraciones estatales o municipales, en la realidad dejó de prestar ese servicio auxiliar, no por deficiencia técnica, sino por sus menguados efectos y así bien lo expresaba Pompeyo Márquez⁴ “...no podíamos seguir ni podemos seguir con un Poder Legislativo que actúa desde el punto de vista del control de la fiscalización, por ejemplo, con los mismos mecanismos y dentro de las mismas estructuras que cuando se tenía que controlar un presupuesto de 4 mil millones de bolívares para tomar el tope del presupuesto de 1973.

Cómo se puede ejercer, continúa Pompeyo Márquez, por más que se tenga un órgano delegado para el control, como es la Contraloría, un control y una fiscalización de ese gasto público (...) donde se desvirtúa por completo todo el sentido de ser del Poder Legislativo, quien aprueba en última instancia el gasto público a través del Presupuesto Nacional, cuando ese presupuesto es apenas una pequeña parte del conjunto del gasto público, puesto que la mayor parte de ese gasto está en una Administración Pública descentralizada, que de acuerdo con los mecanismos legales que hoy tenemos no son parte de lo que debe aprobar el Congreso, dejando a voluntad de los administradores de los Institutos Autónomos o Empresas del Estado el volumen y el destino de esos gastos y tener el Congreso que hacerlo *a posteriori* cuando ya en muchas ocasiones, como lo ha demostrado la historia reciente, los hechos están consumados.

Nótese que las reflexiones del senador Pompeyo Márquez se realizan en el año 1986, en el marco de la celebración de los 25 años de la Constitución de 1961.

Once años antes, en 1975, ese mismo Congreso mediante reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, había incorporado a sus funciones una tímida facultad de valorar el mérito de la actividad administrativa a cuyo ejercicio, hay que decirlo, salvo como uno u otro ensayo, la Contraloría se mostró reticente.

Así pues, por cuanto las investigaciones y decisiones adoptadas por la Contraloría General carecían de todo impacto político, sus funciones fueron rezagándose cada vez más, sus inspecciones y fiscalizaciones llegaron al punto de carecer de todo sentido, porque, como en efecto ocurrió, se limitaba a los resultados de un arqueo de caja, se circunscribía a una mínima e irrelevante cuenta del organismo a fiscalizar, porque lógi-

⁴ Márquez P. *La Constitución de 1961 balance y perspectivas*. Editorial de la Universidad del Zulia, Maracaibo 1987, p. 125.

ca y materialmente era, y es, imposible hacer, en un año, el examen numérico-legal o determinar la sinceridad y veracidad de todo el gasto presupuestado para un Ministerio, Instituto Autónomo, Gobernación o Municipalidad.

Asimismo, por su cuantía, los reparos fiscales dejaron de practicarse, dada la imposibilidad de que un funcionario, con su solo sueldo, pudiera responder por las pérdidas causadas; y ni qué decir, que ni antes ni ahora, los procedimientos para el establecimiento de las responsabilidades administrativas guardan escrupulosa conformidad con las garantías al debido proceso, al punto de que ya hoy devienen sin pudor en una suerte de persecución y exclusión de adversarios políticos. Nunca han servido para resolver el problema de la corrupción.

Casi escapa a la comprensión que habiéndose realizado varios intentos de reforma institucional –Comisión de la Administración Pública, 1959; Comisión del Gasto Público, 1965; Comisión de Administración Pública, 1969; Comisión de la Reforma Integral de la Administración Pública, 1975; Reforma de la Administración Pública, 1979; Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, 1984; dos reformas a la Constitución de 1961 y una nueva Constitución en 1999– la función de control y de salvaguarda del patrimonio público solo haya tenido una orientación represiva y punitiva, pero nunca preventiva ni cuanto menos correctiva.

III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Como afirmamos, utilizando una metáfora, Administración Pública y Control son dos caras de una misma moneda, siendo el anverso la Administración Pública propiamente dicha, y correspondiéndole al Control, como envés de la Administración Pública, la observación permanente, el seguimiento, la evaluación, el juzgamiento, la mirada crítica respecto de la concreción o realización de los principios que rigen al ordenamiento jurídico, y a los invocados como base sustentadora de las políticas y las medidas adoptadas por la Administración Pública.

Entonces, el Control, comparte con la Administración Pública los mismos principios, solo que desde una perspectiva diferente. Que no puede ser en oposición al accionar de la Administración Pública, sino en colaboración con esta para la cristalización de esos Principios.

Al Control no le corresponde definir, ni desagregar principios, tampoco formular políticas ni decidir medidas permanentes o transitorias, solo debe vigilar su efectiva y cabal ejecución, medir, sugerir correctivos y juzgar según el resultado que arrojan.

Ahora, es evidente que junto con los principios constitucionales tradicionales, como el principio de la legalidad, de la separación de poderes, de la irretroactividad o de la reserva legal o del debido proceso, entre otros, la Constitución de 1999, probablemente siguiendo a la Escuela de Carlos Cossio, incorpora una serie de valores, algunos de contenido axiológico, como orientadores o ductores de ese nuevo o renovado orden jurídico, como la solidaridad, la equidad; así como otras expresiones, seguramente surgidas de los umbrales panfletarios: como el dinamismo, o la existencia digna y provechosa; respecto de los cuales, críticos o no en su formulación, ya la doctrina ha establecido que se justifican plenamente, en tanto procuran superar o evitar aquellas normas de contenido meramente programático que, dicen por tales, nunca llegaron a cristalizar los fines esenciales o ampliados del Estado, razón de más para promover y forjar una nueva Constitución. Ya sabemos, la vigesimosexta de nuestra historia.

El atajo de la normatividad sea en forma de Constitución o de reiteración de leyes, decretos o mandatos de todo tipo, ha sido políticamente más efectivo que hacer cumplir sus respectivos contenidos.

Queremos decir, la mayoría de esos nuevos valores y hasta las expresiones panfletarias, ¿no son acaso atributos de los principios constitucionales tradicionales? ¿El invertebrado retardo judicial, no es acaso un eufemismo que ha matizado la franca violación al debido proceso? ¿celeridad, justicia, equidad, no son los atributos del debido proceso?; Del mismo modo que responsabilidad y honestidad, creemos, son características intrínsecas de la justicia distributiva.

Sin embargo, ahora observamos que invocando la celeridad y bajo el velo del decaimiento del interés procesal, en la dilatada e incalculable duración de la etapa de sentencia, en lugar de esta, que implica un trabajo, se declara la caducidad de la acción. Es decir, siempre hay y habrá nuevos modos de frustrar los principios constitucionales.

Para combatir este permanente fracaso de las aspiraciones plasmadas en las constituciones y puesta la vista en esta vigésima sexta Escritura Constitucional, no se puede obviar que esos nuevos principios, axiomas o valores constitucionalizados se incorporan por el empeño de dotar de eficacia al mandato constitucional y en aras de superar ese sentimiento arraigado en la sociedad que se expresa en las frases “no hay Derecho, el Estado no existe, no hay Justicia” por lo que a esa intención primera de los constituyentes se debe atender con la urgencia y prioridad que las realidades demandan.

Así pues, en tanto que la función del Control es observar, evaluar, sugerir correctivos, juzgar el accionar de los poderes públicos, desde una perspectiva privilegiada, no de un individuo en particular beneficiario, peticionario o sufriente, sino de la colectividad como un todo, creemos que no contrariamos los objetivos del trabajo encomendado, cuando abordamos, solo de un modo diferente, el tema de los principios constitucionales desde la óptica del control, en los términos que siguen.

Para eso, creemos, que se precisa comprender y aceptar que la Administración Pública es una disciplina práctica, que no debe supeditarse a los modos, los tiempos, la metodología de la Filosofía y de la Ciencia Jurídica, ni estas deben interferir en la necesidad que tiene la Administración Pública, para ser tal, de realizar, de desarrollar y darle efectividad a los principios y valores, en fin, de *hacer*, que significa realizar, llevar adelante, empeñarse en obtener un resultado determinado, concreto, apreciable y medible. Sí, la Administración Pública ha de encaminarse al *HACER* y no solo a tramitar ni a encorsetarse en el Deber Ser. Y ese *HACER* requiere de otros modos, otros tiempos, otro lenguaje y otra disposición frente a los hechos, situaciones y problemas que debe diariamente abordar.

Aquella Administración Pública que solo autoriza, vigila, fiscaliza, y sanciona conductas, hoy es, si no francamente inútil, claramente insuficiente, frente a un Estado que ya se sabe no es solo de Derecho, sino que también se declara Democrático, Social y de Justicia.

Estos extensos y detallados textos constitucionales, denominados muchas veces constituciones reglamentarias, cuyos valores o principios –nos referimos a los tradicionales– ya no ameritan tanto ser desentrañados, por su expresión técnico-jurídica o por su máxima abstracción, pues al ser desagregados en sus atributos por la misma Constitución de 1999, repetimos, esos principios constitucionales, junto a los hechos o situa-

ciones donde se aplican, han de ser directamente “operacionalizados” (hacerlos medibles) y concretados en obras y servicios susceptibles de ser comprobados en sus efectos e impactos, es decir, en sus resultados a mediano y largo plazo, en su aptitud rehabilitadora o transformadora, en definitiva, optimizadora, de las condiciones sociales.

Como lo señala Recaséns Siches⁵, para la efectividad de derechos individuales como la libertad de tránsito, de reunión y de asociación, basta con que el Estado se abstenga o realice mínimas intervenciones, como permisos, registros, etc. “En cambio, la mayor parte de los llamados derechos económicos, sociales y culturales tienen por objeto prestaciones positivas por parte del Estado (...) Entonces resulta que la efectividad de muchos de estos derechos sociales depende del establecimiento de instituciones y servicios públicos que aporten las prestaciones correlativas.”

Y es precisamente allí, en el ámbito de las prestaciones positivas, en el *HACER* –y no en el solo vigilar, fiscalizar, autorizar, mandar y sancionar–, donde se resiente esa falta de Estado, incluso en cometidos tan ínsitos a su propia existencia –e irrenunciables hasta por quienes defienden la tesis del Estado mínimo o no intervencionista– como lo es la seguridad ciudadana.

Así, por ejemplo, la seguridad ciudadana en términos de prevención, más que de la ineficaz y muy mal valorada represión, supone un *hacer* en educación, en prácticas deportivas y culturales, en entretenimiento, en apoyo a las familias disfuncionales, en atención a infantes y adolescentes, en la determinación de estados de peligrosidad y de vulnerabilidad por alcoholismo, drogas o indigencia o por condiciones insalubres o susceptibles de ocasionar daños a propios y a terceros; en la sustitución de las arbitrarias redadas por precisos servicios de inteligencia; y en la nunca lograda clasificación de la población penitenciaria, en reeducación y en reinserción de transgresores. Pero no nos equivoquemos, admitir que la Administración Pública es una disciplina práctica no supone abandonar ni menospreciar la ciencia del Derecho, pues ella como lo es la física a la ingeniería, o lo es la anatomía a la medicina, se precisa para el mejor desarrollo de esas disciplinas prácticas.

Solo se afirma que ya es hora de que el acopio doctrinario, sea utilizado para aportar las reales e idóneas soluciones que el contexto social actual, que la evolución del Estado demanda, sustituyendo esa tosca y penosa práctica de “añadir” al ordenamiento jurídico, apenas como atisbos de norma jurídica o de proposición según los fundamentales criterios kelsenianos, normas eminentemente técnicas, como las Normas de Calidad o las de Buenas Prácticas de Administración Pública; y leyes, como la vigente Ley Orgánica de Planificación, que apenas son un listado de ideas numeradas, sin respeto a la dogmática jurídica, obviando y hasta contrariando las aportaciones teóricas de otras disciplinas.

Los textos legales se desnaturalizan, primero, porque no hay conocimiento, ni mínimo respeto a la ciencia del Derecho y, luego, porque se cree que utilizando la forma mandatoria tradicional se puede imponer cualquier acción, modelo o conducta o, peor aún, regular y obtener resultados en el ámbito de las interacciones sociales (para englobar en el término todas las relaciones humanas posibles).

⁵ Recaséns Siches, L. *Tratado general de filosofía del Derecho*. Penagos, S.A., México 1965, p. 605.

Definitivamente, esos y otros tantos problemas requieren ser abordados y solucionados por los juristas, como la excesiva y no pocas veces contradictoria y repetitiva normatividad y su consecuente producción de anarquía —es decir, el efecto contrario al orden deseado—; la indeseable uniformidad en el accionar funcional a la que tiende el profuso reglamentarismo, manualismo o procedimentalismo; o esa discrecionalidad sin cauce que propician las normas facultativas o habilitadoras —como las que crean Corporaciones para Recuperación y Desarrollo de Sectores— y hasta las autorizatorias —como la mismísima Ley de Presupuesto—; todo generalmente en desmedro de los espacios de libertad, del normal y pleno desarrollo de los talentos personales y de las iniciativas colectivas de los ciudadanos, quienes terminan parasitando al Estado o este fagocitándose al sector privado.

Respecto de esas normas facultativas y habilitadoras, ya Geoffrey Brennan y James M. Buchanan⁶, este último Premio Nobel de Economía 1986, cuando abordan desde la óptica institucional el problema de la justicia distributiva y la regla de decisión por mayoría simple, expresan que “... es, en el mejor de los casos, un medio muy imperfecto de perseguir la justicia distributiva (...) deja indeterminada la distribución, (...) genera un esquema de transferencias que responde en sentido contrario al que sería de esperar desde un punto de vista normativo (por ejemplo, para modificar la renta de los más pobres)”. La mención al estudio anterior nos absuelve de cualquier afiliación u oposición a ideología o doctrina política, social o jurídica, porque entendemos que la Administración Pública es, como debe ser, neutra.

Solo tenemos la convicción de que las nuevas definiciones y cometidos que asume el Estado nos reclaman abandonar el conservadurismo y avanzar como agentes y promotores de las transformaciones en el estricto campo del Derecho, para que el ciudadano, la colectividad toda, disfrute y sienta que efectivamente hay Estado, hay Justicia y hay Derecho.

En esa dirección, observamos claramente que el Estado no solo ha crecido sino que ha evolucionado y ya no es un simple árbitro de las conductas personales previstas como faltas, infracciones o delitos en leyes preexistentes, pues al declararse primero Social y ahora también de Justicia, asume y se obliga a *HACER*, a mejorar, modificar o transformar el seno social, donde el hombre ya no simplemente interactúa cuando sale de su casa, sino que decididamente lo ha convertido en su hábitat, en esa Aldea Global que hoy constriñe a los diferentes órganos del Estado a ocuparse de necesidades en áreas geográficas más extensas, a satisfacer a grandes conglomerados de personas que reclaman más y mejores condiciones para hacer efectivos sus Derechos y, en definitiva, a responder a todos con una celeridad rayana en la instantaneidad.

Visto así, ya no puede sostenerse que solo hay una relación entre Derecho y Moral, porque constatándose un claro desplazamiento de lo privado a lo público, también hay que reconocer sin cortapisas que hay una relación entre Sociología y Derecho y entre Política y Derecho, sin que ello afecte los elementos esenciales de la norma jurídica, su imperatividad y coercibilidad, aunque sí supone un giro importante en cuanto a la tradicional orientación o direccionalidad con miras a elaborar los nuevos y distintos instrumentos jurídicos que se precisan para regular interacciones tan diferentes a aquellas donde solo era el individuo frente al Estado.

⁶ Brennan, G. y Buchanan, J. M. *La Razón de las normas. Economía política constitucional*. Unión Editorial, S.A., Madrid 1987, p. 173.

El Derecho, ya no solo ha de regular el deber ser en las conductas de los individuos, sino que a través del Estado, su máxima creación, debe *HACER*, actuar sobre las condiciones sociales, políticas y económicas, pues estas están, si no determinando, sí influyendo decisivamente en las conductas de las personas, que inician el proceso de socialización a edades muy tempranas, lo que sumado al desarrollo de las comunicaciones y a la ausencia de figuras de autoridad en el hogar, favorece que la transmisión de valores y la expresión de las conductas se produzca más, o con mayor intensidad, en el ámbito social que en el seno familiar o coto privado.

La interacción ya no es solo de persona a persona, sino de colectivos, incluso indeterminados, a grupos, a instituciones; y de grupos e instituciones entre sí, muchas veces sin una estructura material y concreta; esas las han sustituido unas interacciones que hoy apenas percibimos como masivas y virtuales.

Se precisa, entonces, elaborar la base teórica y el instrumental jurídico necesario para superar la casuística que ha caracterizado el accionar del Estado, y para que los órganos de control administrativos y judiciales, más allá de las meras instancias personales, valoren y juzguen desde una perspectiva global, macro, integral, las decisiones administrativas que recaen sobre esas masas o conglomerados humanos.

Decisiones administrativas, por mero ejemplo, como la de invertir recursos dineros, humanos, materiales en un determinado sector o región, o en una obra en lugar de otra, siendo que esas disposiciones –favorecedoras o negadoras, pertinentes o no, justas o injustas– son actos sublegales y, como tales, típicos actos administrativos que, en su gran mayoría, o en ausencia de instancia, evaden el control.

Es decir, con solo tomar en cuenta la crítica de Brennan y Buchanam, para no extendernos en exposiciones de hechos, se puede advertir que la inmensa y determinante mayoría del accionar del Estado está fuera de todo control institucional y ciudadano.

En definitiva, el primer paso para superar tan importante y complejo problema, porque creemos que la Administración Pública y Control, conforme a la metáfora que venimos utilizando, son dos caras de una misma moneda y como anverso y reverso que son, todos los postulados constitucionales, sean los principios tradicionales, los axiomas constitucionalizados y hasta las expresiones panfletarias, deben hacerse causa común tanto de la Administración Pública como del Control, en el sentido de que deben trabajar conjuntamente en su realización, es decir, la Administración Pública, en su definición y concreción y el Control, en la permanente observación, reconducción y juzgamiento para su efectiva realización.

Pero sin dudas, existe una falla fundamental, estructural, para el cabal ejercicio del Control, una deficiencia que conspira contra la concreción de los principios constitucionales, cual es la ausencia de instrumentos jurídicos idóneos (que en otra oportunidad detallaremos) para asegurar de inicio a fin, la justa, correcta, pertinente y oportuna (dicho en el léxico del control de gestión, de una económica, eficaz y eficiente) utilización de los recursos del Estado.

Mas con el ánimo de que nada nos impida avanzar en su consecución, y en la seguridad de que todo trabajo de investigación y práctico requiere de la visualización de una meta o ideal, consideramos que para desarrollar los Principios Constitucionales se requiere de un renovado modelo de Administración Pública Pública, por lo que de seguidas aportaremos una descripción del modelo de Administración Pública a la que debe

aspirar el Control, y luego del modelo de Control mismo, que estimamos requiere un Estado que se declara Social y de Justicia; representación ideal ciertamente apenas asida a nuestra investigación, estudio y experiencia profesional, por lo que queda, como toda expresión humana, sujeta a la crítica.

IV. EL DEBER SER, EN EL *HACER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, DESDE LA ÓPTICA DEL CONTROL

Es claro que la función contralora, desde su distinta perspectiva, también debe ubicar un norte, unos objetivos, plantearse producir unos efectos y unos impactos en la sociedad, para ejercer de forma idónea y útil su actividad; por eso, sin ánimo de imponer porque nuevamente repetimos no es de la competencia de control hacerlo, haremos una descripción del deber ser o el marco ideal de una Administración Pública a la que ha de aspirarse desde la óptica del Control.

Así pues, concebimos a la Administración Pública como la actividad ejercida por funcionarios públicos, conforme a los procesos y procedimientos establecidos, que consiste en detectar, especificar y jerarquizar de acuerdo a los índices generalmente aceptados, las necesidades colectivas generales a objeto de recaudar, reclutar o realizar adquisiciones suficientes, por una parte y, por la otra, programar o proyectar, presupuestar y ejecutar su justa distribución mediante el empleo o utilización racional e idóneo de los recursos –dinerarios, humanos, materiales, técnicos y tecnológicos– en la prestación permanente y oportuna, en óptimas condiciones de cantidad y calidad, de bienes y servicios, capaces de producir en el seno social los efectos e impactos necesarios, y medibles según los indicadores correspondientes, en términos de economía, eficacia y eficiencia, para garantizar el Bien Común, es decir, a los fines de que toda persona habitante de la República, sin distinción ni discriminación alguna, cuente o disponga del entorno propicio para el pleno desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que el derecho de los demás y el orden público y social, tal como lo consagra la Constitución Nacional.

En un parco desagregado de la visualización o ideal que respalda la descripción ofrecida tenemos:

1.- Un idea amplia y global de Administración Pública, en el sentido de que los criterios afirmados por ella deben ser acatados por todas las demás administraciones, sin declinaciones por su ubicación o nivel en la estructura estatal.

2.- Ejercida por funcionarios públicos, permanentes, temporales o accidentales, con asignaciones por objetivos –y no por tareas– para permitir que el recurso humano profesional, técnico, administrativo y obrero requerido para la ejecución administrativa, sea producto de un constante intercambio y renovación de aptitudes y capacidades de la ciudadanía al Estado y viceversa, con disminución a su mínima expresión de la costosa burocracia (causa del déficit fiscal y de los malsanos presupuestos rígidos) y para ofrecer iguales y más amplias oportunidades de trabajo a todas las personas y sectores.

3.- Según los procesos y procedimientos, porque se trata de una actividad reglada, con discretos márgenes de discrecionalidad, pero también con la flexibilidad y adaptabilidad propias de su naturaleza práctica y dinámica. Procedimientos, racionales y simples, que no entorpezcan, no ralenticen, ni impidan los procesos, bajo la premisa propia del

Derecho Administrativo –y abandonada por la burocracia– que repulsa las actividades o actuaciones inútiles o inconducentes. Más procesos y menos procedimientos, sería la clave.

4.- Actividad como antípoda de inactividad. La Administración Pública tiene obligaciones de *HACER*, sea formal o material, sea de gestión o de resultados. La inactividad en todas sus formas debe ser proscrita y sancionada.

5.- Actividad planificada, tanto en la etapa de detección, especificación y jerarquización de necesidades, como de proyección, presupuesto y ejecución de las soluciones. Ello significa que la discrecionalidad debe ser reducida al mínimo indispensable, con el consiguiente aumento de la transparencia y de la honestidad.

6.- La detección y especificidad, para conformar un banco de datos público y dinámico, de las necesidades colectivas generales. Bajo ciertas reglas los ciudadanos y las contralorías pueden aportar datos, pronunciarse sobre la suficiencia o no de su descripción y, por supuesto, vigilar su integridad, tanto en los flujos de entrada como de salida.

7.- La jerarquización de las necesidades, una tarea de disminución de la discrecionalidad mediante índices universalmente aceptados (índices de pobreza, de mortalidad, natalidad, nutrición, delincuencia, de sanidad, etc.) a cuyo apego han de diseñarse y ejecutarse las políticas públicas o acciones administrativas y para que tales índices sean exigidos como base elemental de cualquier rendición de cuentas.

8.- Sea por programa o por proyecto, la elaboración y ejecución del presupuesto ha de ser racional e idónea, debe contemplar los recursos en cantidad y calidad suficientes para la realización de una obra o la prestación de un servicio, en un tiempo y espacio determinado.

9.- Prestación permanente y oportuna en cantidad y calidad, conforme a estándares o indicadores universalmente aceptados.

10.- Capaces de producir los efectos e impactos buscados; es decir, de arrojar resultados medibles a mediano y a largo plazo, como acción reformadora, sustentadora o transformadora del entorno donde incide.

11.- Actividad medible en sus resultados intermedios y finales, un estricto control de cantidad y calidad de los servicios y de la orientación de estos, en razón de las necesidades previamente jerarquizadas, para no distraer la atención de sectores vulnerables en beneficio de regiones, sectores, grupos o personas que den más réditos electorales.

12.- Para garantizar el Bien Común, es decir, con una visión macro, global, total de todas las necesidades colectivas, en contraposición a la casuística, a la coyuntura, al azar o a la ocasión.

V. EL DEBER SER, EN EL *HACER*, DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO REVERSO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Control, como parte que es de la Administración Pública, también está obligado a *HACER*, no puede ser una función menguada, hosca e indolente, como si hubiera sido diseñada para ver, oír, preterir u omitir. No, el Control como dorso de la Administración Pública debe desarrollar una actividad vigorosa, proactiva, resuelta y hasta acometedora porque tiene la responsabilidad de *HACER*, en el sentido de lograr que se haga.

De hacer que se haga con el propósito de abatir los índices de vulnerabilidad y de superar o mantener los índices de bienestar en los ámbitos y localidades donde se precisa la acción del Estado, con los recursos idóneos y suficientes, con los costos racionalmente estimados, en cantidad y calidad óptimas, con los efectos y resultados deseables y necesarios y conforme a los indicadores o instrumentos de medición de gestión adecuados y acordados entre la Administración Pública y el control.

De hacer que se haga en términos de economía y eficacia, es decir, obteniendo mayores beneficios con menor empleo o inversión de recursos y en el tiempo establecido; o, mejor, con eficiencia, con óptima racionalización de los recursos y en menos tiempo.

Ahora, los hechos no surgen por generación espontánea, aunque ensordezca la redundancia, debemos decirlo: los hechos se hacen. Luego, el Control no puede esperar a que surja una Administración Pública perfecta sobre la cual ejercer el Control perfecto.

El control debe procurar, pujar, exigir, aportar, reclamar, constreñir a la Administración Pública para que modifique y adecúe su accionar a esos parámetros o modelos de económica, eficaz y eficiente Administración Pública de los recursos públicos.

La Administración Pública venezolana está en lo que se denomina su “zona de confort” y desde allí ningún cambio o transformación es posible.

Es desde afuera hacia adentro como creemos se pueden “hacer los nuevos hechos”, desde un impulso sostenido, institucional o ciudadano, con educación en valores cívicos –exigir Derechos y cumplir con el deber de evaluar la acción administrativa– con formación de contralores de gestión, con promoción de la investigación teórica y elaboración de los instrumentos jurídicos requeridos, con el acopio de índices e indicadores universalmente aceptados y con la práctica de la elaboración de los mismos, y con la conformación de una base de datos de las necesidades colectivas nacionales, regionales y locales sobre las cuales aplicar índices de vulnerabilidad o peligrosidad, entre otros.

No sabemos, ni está a nuestro alcance determinar, si nuestra exposición puede tener algún eco en los actores sociales y políticos; por eso concebimos este trabajo, ojalá sin abusar de la venia de los promotores de esta Obra Colectiva, sólo como un aporte para la academia, en tanto creemos que el Control como dorso de la Administración Pública, ofrece un campo amplio para el estudio y la investigación. Pero si estamos absolutamente seguros y totalmente convencidos que la práctica del control numérico-legal ya, a estas alturas, es ilógico e irracional.

Y nos atrevemos a más, afirmamos que a pesar de que el control numérico-legal está previsto en la Constitución, en una lectura e interpretación global o transversal de ese Texto, donde se privilegia la rendición de cuentas y la valoración de la gestión, y asimismo con miras a la concreción de los postulados constitucionales y fines del Estado que ella consagra, el control numérico legal es, hoy, abiertamente inconstitucional.

Por otra parte, estimamos que no amerita un espacio criticar el elenco de sanciones que prevé la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal⁶, porque ya sabemos que la vía represiva solo ha contribuido a limitar el accionar, a inhibir y hasta paralizar de temor al funcionario público. Mientras más se persigue por hacer, menos hace el servidor público.

Y, a pesar de que en esta Ley se avanza en el establecimiento del control de gestión, poco o nada se ha hecho en la práctica, precisamente porque priva la idea del Control como opuesto a la Administración Pública, es decir, el absurdo de un poder en per-

manente persecución y represión a los funcionarios de otro poder, al punto de que su actividad se centra en dictar la responsabilidad administrativa de aquellos funcionarios que incurran en algunos de los 29 –prácticamente ineludibles– supuestos relacionados en su artículo 91. Ejercicio que ha dado lugar a la aberrada acción de preseleccionar al sancionado.

Para *Hacer* que la Administración Pública cumpla cabalmente con sus obligaciones de *Hacer*, lo primero que debe cambiar o transformarse es la función de Control, girando 180 grados hacia el control de gestión o de mérito que, por lo demás, no solo es una vieja aspiración sino una necesidad ya impostergable.

Por eso, desde nuestra visión, la Contraloría General de la República debe convertirse en un agente de cambio, en la impulsora de un modelo ideal de Administración Pública y para ello concientizar como suyos, porque lo son, todos los principios constitucionales, reorientando toda su misión a *HACER* lo que al Control como envés de la Administración Pública le corresponde, es decir, a *HACER* que la Administración Pública oriente su actividad a *HACER* lo que está obligada a *HACER*, no a la deriva de la discrecionalidad, ni para utilizar el gasto como una mera transferencia de recursos, sino con base en criterios racionales y técnicos que garanticen los efectos e impactos requeridos en el entorno social.

Será, entonces, a los Tribunales de la República a quienes corresponda establecer las distintas responsabilidades funcionariales, para lo cual la Contraloría General de la República debe limitarse a enviar los indicios al Ministerio Público que siempre serán muy pocos o excepcionales, en tanto que, puesto el empeño en mejorar, en optimizar la función administrativa y con la oportuna utilización de los instrumentos de evaluación y medición de la gestión, se reducirá francamente el espacio para la operación delictiva.

Finalmente, hay que reconocer que esa transformación de la Contraloría General de la República y la asunción del control de gestión como su función esencial, requiere un esfuerzo monumental de formación profesional, de educación ciudadana, de acopio y uso de información –índices de vulnerabilidad y de bienestar– de desarrollo de indicadores de gestión y de una cultura organizacional o institucional completamente distinta a la que ha sido su tradición por más de 80 años. Y eso no es poca cosa. De modo que como un paso decisivo en esa reorientación es preciso despojarla, de una vez, de la facultad represiva y dotarla suficientemente de las capacidades humanas e instrumentales para evaluar la gestión y calificar el desempeño de los servidores públicos.

VI. LA PROBADA INUTILIDAD DEL CONTROL NUMÉRICO-LEGAL

No podemos dejar de reseñar algunos hechos reales donde el ejercicio del control numérico-legal muestra su ineficacia. Evidencia de que el control numérico-legal es un verdadero fraude a la credibilidad de la función de control y de la misma Contraloría General de la República.

1.- En los años 90 se ejecutó el denominado Programa de Alimentación Materno Infantil, y el control posterior arrojó indicios sobre la pérdida o desviación de aproximadamente cuatro millones de la unidad monetaria nacional, lo que ameritaba la apertura de una averiguación administrativa para establecimiento de responsabilidades administrativas y penales.

Contrariamos la apertura de una averiguación administrativa considerando que el PAMI suponía un esfuerzo a nivel nacional para distribuir la leche hasta en el más lejano rincón del país. Argüimos, primero, la cantidad distraída o perdida no representaba ni el uno por ciento del costo del programa; segundo, el costo de la investigación contralora superaba aquel monto supuestamente distraído; tercero, que en toda actividad se produce pérdida o desecho y ello se toma como parte del costo de la misma –no se puede esperar algo tan distinto en el comportamiento de la acción pública–; y cuarto, que nadie había reportado quejas sobre la efectiva distribución y aprovechamiento de la leche por parte de los beneficiarios del Programa.

Se propuso, entonces, zanjar la controversia, realizando un control de gestión o de resultado al Programa, que a falta de indicadores tuvo que efectuarse con los datos históricos disponibles.

Este Programa ejecutado en varios países latinoamericanos, de acuerdo con los lineamientos de políticas públicas e índices socioeconómicos disponibles, estuvo destinado primera y principalmente a disminuir la mortalidad infantil, mediante la prestación periódica, permanente y oportuna del servicio de atención médica primaria en los hospitales y ambulatorios cercanos a la población objetivo, a cuyo fin la distribución de leche, precisamente en esos centros de salud, no era más que un anzuelo para que al presentarse la madre y el hijo, se hiciera el examen médico inicial y de control y seguimiento de la salud y desarrollo del infante.

Los resultados del control de gestión efectuado mostraron que no sólo se “perdieron” aquellos cuatro millones de bolívares, sino que el Programa había sido un completo y rotundo fracaso pues nunca se logró coordinar la entrega de la leche, con la presencia del médico en el respectivo centro de salud, de modo que cuando estaba el médico, no había disponibilidad de leche y cuando había leche no estaba el médico, por lo que nunca o muy pocas veces se hizo el chequeo de salud a los infantes y, consecuentemente, la tasa de mortalidad infantil no disminuyó nada. Con lo cual, el control de gestión demostró que absolutamente todo el esfuerzo administrativo en recursos financieros, económicos, técnicos, materiales y humanos resultaron en una pérdida total.

Quien presidía el Programa, su máximo administrador y demás funcionarios públicos, continuaron su ascendente carrera en la Administración Pública, cada vez más exitosa, más costosa y, sin dudas, más inútil para el país, seguramente sin conciencia del daño directo y de oportunidad causado a la población.

2.- En la etapa de formulación del presupuesto en el Poder Judicial, como suele hacerse en todo órgano administrativo, se solicita a cada Dirección la demanda, exigencia o proposición que se aspira a cumplir mediante la adjudicación de los recursos correspondientes.

Sorprendió que la Dirección de Regiones demandara la creación de un tribunal con competencia de tránsito en un lugar muy específico del país. Al interrogar sobre el sentido y fin de esa singular solicitud, se respondió: Esa parte de la carretera, tiene una curva muy peligrosa, donde se producen muchos accidentes.

La pregunta siguiente es: ¿no sería más provechoso para la ciudadanía resolver la peligrosidad de ese tramo de tránsito vehicular?

Seguramente el Estado podría orientar esos recursos –que a un Juzgado tendrían que aportarse anual e indefinidamente solo para la investigación y penalización de accidentes de tránsito– a la satisfacción de otras necesidades de esa u otra población.

3.- Una muestra típica del incumplimiento de los cometidos del Estado, se observa en los establecimientos penales. La denominada rehabilitación del reo simplemente no se cumple.

El gasto con ese destino, casi como una burla, se invierte en dictar cursos de Word y de Excel y esos certificados se presentan a los juzgados para acreditar la rehabilitación de los reos por homicidio, hurto, robo, violación, trata de blanca narcotráfico, etc., pero a la vista de control numérico-legal normalmente nada puede objetarse a ese gasto que no ocasiona ningún efecto ni cuanto menos algún impacto en cuanto a reeducación o rehabilitación de los penados.

4.- Otra muestra, quizás la más escandalosa y bufona, de acciones inconducentes por parte del Estado, pero que se acreditan como autorizaciones para el gasto en el presupuesto público que, por lo demás, superaría exitosamente el control de legalidad por parte de la Contraloría General, fue el que se planteó como objetivo anual la Erradicación de la Pobreza. ¿Cómo se lograría tal milagro en un año fiscal? pues mediante la celebración de dos conferencias nacionales y tres seminarios regionales.

Los anteriores ejemplos reales y que en mayor número y variedad abundan en las leyes de presupuesto, demuestran que el control de legalidad, el control numérico legal, es decir la práctica contralora para determinar la sinceridad, veracidad y legalidad del gasto público, no impide el derroche, el desagüe de los dineros públicos; no garantiza que el dinero público se traduzca en verdadero beneficio para la colectividad.

Mostrada con tal crudeza la realidad de nuestra Administración Pública, simplemente aspiramos a que cesen las excusas para que la Contraloría General de la República, como ya se dijo, en necesaria yunta con la Administración Pública, oriente definitivamente su labor a la realización del control de gestión o de resultados, pues mientras el órgano contralor persista en el ejercicio del control numérico-legal, no solo continuará su tránsito institucional costoso e inútil, sino que seguirá siendo el verdadero obstáculo en la lucha contra la corrupción y el auténtico problema o impedimento para cristalizar los postulados o principios constitucionales y lograr un Estado orientado a la realización del Bien Común.

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN 11

Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez

PRIMERA PARTE EL ESTADO DEMOCRÁTICO

1. EL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA POPULAR, EL REPUBLICANISMO Y EL GOBIERNO DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO

Allan R. Brewer-Carías

I.	LA IMPOSICIÓN DE LA SOBERANÍA DEL PUEBLO FRENTE A LA SOBERANÍA DEL PARLAMENTO BRITÁNICO EN NORTEAMÉRICA.....	16
II.	LA ASAMBLEA NACIONAL FRANCESA, LA IDEA DE NACIÓN Y LA SOBERANÍA DEL PUEBLO FRENTE AL MONARCA.....	22
III.	LA IDEA DE LA REPRESENTACIÓN POPULAR AL INICIO DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA AMÉRICA HISPANA	28
IV.	LA DEMOCRACIA COMO RÉGIMEN POLÍTICO Y EL DERECHO CIUDADANO A LA DEMOCRACIA	33

2. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Juan Alberto Berríos Ortigoza

I.	CONSIDERACIONES GENERALES	41
II.	EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA.....	42
	La democracia como tradición republicana: breve referencia histórica.....	42
	El concepto constitucional de democracia en la Constitución de 1999.....	44
III.	LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DEMOCRACIA (DESDE 2000).....	46
	La concepción general de la Sala Constitucional sobre el Estado democrático	47

ÍNDICE GENERAL

La concepción particular de la Sala Constitucional sobre la democracia participativa	48
Las interpretaciones de la participación como principio y como derecho	50
El alcance de la participación: entre la participación no decisiva y la participación como parámetro interpretativo del derecho constitucional.....	51
La relación entre la participación y la representación política en el concepto constitucional de democracia participativa.....	53
La democracia participativa en el contexto normativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela: ¿intereses colectivos vs. intereses particulares?.....	54
IV. CONSIDERACIONES FINALES	58

3. LOS VALORES SUPERIORES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
Luciano Parejo Alfonso

I. INTRODUCCIÓN	61
II. LA POSITIVIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS VALORES; EL ARTÍCULO 1.1 DE LA CONSTITUCIÓN	63
III. LOS VALORES Y EL ORDEN DE VALORES EN Y DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL ESTADO	64
1. Valor y Estado	64
2. Estado valorativo, valores de su ordenamiento y axiología constitucional.....	66
3. El orden de valores del ordenamiento; sus elementos componentes y características principales.....	70
4. La naturaleza y la eficacia de los valores, su diferenciación y relación con otras figuras jurídicas	74
BIBLIOGRAFÍA	76

4. PRINCIPIOS DE LOS FINES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO
Cecilia Sosa Gómez

PUNTO PREVIO.....	77
I. CONTEXTO DEL ESTADO	78
II. UNA MIRADA A LOS FINES DEL ESTADO	81
III. FINES DEL ESTADO VENEZOLANO. ¿CÓMO LOS EXPRESA LA CONSTITUCIÓN?	82
IV. PRINCIPIOS Y VALORES.....	86
V. LOS PRINCIPIOS CIUDADANOS	89

VI. LA LIBERTAD FOCALIZA LOS DERECHOS HUMANOS Y SUSTENTA LOS FINES DEL ESTADO	92
VII. LA CIUDADANÍA COMO ACTOR QUE PROTEGE SUS DERECHOS EN DEMOCRACIA.....	92
CONCLUSIONES	94

5. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN Y LA INICIATIVA LEGISLATIVA CIUDADANA

José Araujo-Juárez

INTRODUCCIÓN	97
I. LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA	99
1. Estado democrático	99
2. Democracia representativa	100
3. Crisis de la democracia representativa	102
4. Democracia directa.....	105
II. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA	108
1. Consagración constitucional.....	108
2. Naturaleza de la participación ciudadana	109
3. Instituciones de participación ciudadana.....	111
III. EL PARLAMENTO ABIERTO	114
Introducción	114
IV. LA INICIATIVA LEGISLATIVA CIUDADANA	117
Introducción	117
1. Instituciones de Participación Parlamentaria.....	118
2. Iniciativa legislativa ciudadana	120
CONCLUSIÓN.....	123

**SEGUNDA PARTE
ESTADO DE DERECHO**

6. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Jorge H. Sarmiento García

INTRODUCCIÓN	125
La estructura tridimensional del mundo jurídico	126
Relación graduada.....	127
La doctrina kelseniana.....	127
Ser y deber ser.....	128

ÍNDICE GENERAL

	La pirámide jurídica	128
	Las estructuras lógicas no agotan el mundo jurídico.....	129
I.	NOTICIA HISTÓRICA	129
	Importancia en los Estados federales	131
	Ámbito de aplicación	131
II.	FORMAS DE HACER EFECTIVA LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	132
	La juridicidad de las normas constitucionales.....	132
	Formas del control.....	132
	Quién controla.....	133
	Cómo se controla.....	133
	Efectos del control.....	134
III.	LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES.....	134
IV.	LA LEY INCONSTITUCIONAL Y LA ADMINISTRACIÓN.....	135
V.	LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES	136
VI.	LA AUSENCIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL MODELO BRITÁNICO.....	138
VII.	EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA	139
	BIBLIOGRAFÍA	139

7. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LA TÉCNICA NORMATIVA

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

I.	INTRODUCCIÓN	143
II.	EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA	148
III.	SEGURIDAD JURÍDICA Y TÉCNICA NORMATIVA	152
	BIBLIOGRAFÍA	166

8. EL ESTADO DE DERECHO: UN DESAFÍO PERENNE

Armando Rodríguez García

	PRELIMINAR.....	167
I.	EL CONCEPTO Y SU EVOLUCIÓN.....	170
II.	EL ESTADO DE DERECHO EN LA VENEZUELA ACTUAL.....	175

9. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Rafael Badell Madrid

I.	INTRODUCCIÓN. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES COMO GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO.....	183
II.	INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES	186
III.	SEPARACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 ...	191
	1. Relaciones entre el Poder Legislativo y Ejecutivo (control parlamentario)	193
	A. Control sobre el gobierno y la administración pública (artículo 187.3)	193
	B. Control presupuestario (artículos 311, 313 y 314).....	194
	C. Control sobre contratos de interés público nacional, estatal y municipal (artículos 150 y 187.9).....	195
	D. Control en la política exterior	195
	E. Control en el nombramiento, designación y destitución de funcionarios del Estado.....	195
	2. Relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo	196
	A. Convocar la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias (artículo 236.9).....	196
	B. Disolución de la Asamblea Nacional (artículos 236.21 y 240).....	196
	3. Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial.....	196
	A. Autorización legislativa para que proceda el antejuicio del Presidente de la República (artículo 266.2)	196
	B. Designación y destitución de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (artículos 264 y 265)	196
	4. Relaciones entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo	197
IV.	RUPTURA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES POR INTERFERENCIA DEL PODER JUDICIAL EN EL PODER LEGISLATIVO.....	197
	1. Planteamiento	197
	2. De la inconstitucional declaratoria del desacato de la Asamblea Nacional.....	199
	3. Desconocimiento de los poderes de control político de la Asamblea Nacional.....	200
	4. Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para legislar	201

5.	Regulación del régimen interior y de debates de la Asamblea Nacional.....	202
6.	Desconocimiento del poder de la Asamblea Nacional para rechazar la aprobación de los estados de excepción decretados por el Presidente de la República	202
7.	Usurpación de la facultad de nombrar altos funcionarios.....	203
8.	Usurpación de la regulación en materias de reserva legal	203
	BIBLIOGRAFÍA	205

10. LA ORGANIZACIÓN FEDERAL Y LA DESCENTRALIZACIÓN COMO POLÍTICA FEDERAL PARA GARANTIZAR LA DEMOCRACIA

Alejandro Canónico Sarabia

I.	LA FORMA JURÍDICA DEL ESTADO VENEZOLANO.....	209
1.	La Particular Federación de la Venezuela Actual.....	212
II.	LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y DEL PODER PÚBLICO.....	217
1.	La organización del Estado	217
2.	La Distribución del Poder Público.....	219
3.	El reparto de competencias entre los entes políticos territoriales	220
III.	SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICO TERRITORIAL.....	221
1.	La descentralización y la democracia	223
IV.	MANIFESTACIONES DEL PODER PÚBLICO CONTRARIAS A LA FEDERACIÓN Y AL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN.....	225
1.	Omisiones legislativas perjudiciales para la organización federal.....	226
2.	Atentado a la federación desde los elementos de las finanzas públicas.....	227
3.	Sobre el paralelismo estructural y orgánico superpuesto a la federación	230
A.	Las misiones como instrumento de gestión pública	230
B.	Los Consejos Comunales como nuevos y determinantes actores dentro de la estructura del estado	231
C.	La irrupción de los protectores como agentes interventores del gobierno nacional	232
4.	Proyecto de reforma de la Constitución de 2007.....	233
5.	Actuaciones posteriores a la fallida reforma constitucional	234
A.	El caso de las policías estatales y municipales	234

B.	La materia relativa a las carreteras, puertos y aeropuertos	235
C.	El paquete de regalo del verano de 2008 por parte del gobierno nacional.....	237
D.	Referencia a las leyes del poder popular	237
V.	LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 2017 COMO RIESGO INMINENTE FRENTE AL DISEÑO FEDERAL DEL ESTADO VENEZOLANO	238
VI.	REFLEXIONES FINALES.....	239
11.	LA “OBLIGATORIEDAD” DE LA COLABORACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS. COLABORACIÓN Y SEPARACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	241
	Gustavo Linares Benzo	
12.	PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO Y DE LAS PERSONAS ESTATALES (LOS ENTES PÚBLICOS)	
	Javier Urrutigoity	
I.	INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTO	255
II.	ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS ESTATALES	257
	1. Aclaraciones terminológicas	257
	2. Principio de competencia	261
	3. Jerarquía administrativa.....	264
	4. Tipos de organización administrativa.....	264
	5. Control administrativo.....	269
	6. Conflictos administrativos.....	270
	7. La intervención administrativa	272
III.	CONCLUSIÓN.....	277
13.	PRINCIPIO DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS	
	Claudia Nikken	
I.	LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO OBLIGACIÓN SUPRACONSTITUCIONAL DEL ESTADO.....	280
	1. La supraconstitucionalidad de la obligación estatal de garantizarlos como consecuencia de la progresividad de los derechos humanos y su inherencia a la persona humana.....	281
	2. La positivación de la obligación supraconstitucional de garantizar los derechos humanos.....	284

A.	Diversas fórmulas mediante las cuales se obliga a los Estados a garantizar en el ámbito interno los derechos humanos recogidos en un tratado internacional.....	284
B.	El control de convencionalidad.....	287
II.	LA RECEPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS EN LA “CONSTITUCIÓN” VENEZOLANA DE 1999.....	289
1.	El régimen general de los derechos humanos en la “Constitución”.....	289
A.	Las fuentes de los derechos humanos.....	290
B.	La progresividad de los derechos humanos.....	291
C.	La universalidad, indivisibilidad e interdependencia, inalienabilidad, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del goce y ejercicio de los derechos humanos.....	291
2.	El sistema de garantías de los derechos humanos en la “Constitución”.....	292
A.	La garantía de los derechos humanos en el ámbito interno.....	293
a.	La garantía general de los derechos humanos.....	293
b.	La reserva legal, garantía esencial de los derechos humanos.....	293
c.	La garantía judicial, garantía fundamental de los derechos humanos.....	296
B.	El derecho a la protección internacional de los derechos humanos.....	298
III.	EL INCUMPLIMIENTO SISTEMÁTICO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL ESTADO VENEZOLANO.....	299
1.	El desconocimiento de la obligación supraconstitucional de garantizar los derechos humanos.....	300
2.	El desconocimiento del régimen constitucional de los derechos humanos.....	302
A.	El desconocimiento del régimen general de los derechos humanos inscrito en la “Constitución”.....	302
B.	El desconocimiento del sistema de garantías de los derechos humanos.....	304
a.	El desconocimiento de las garantías de los derechos humanos de derecho interno.....	304
b.	El desconocimiento del derecho de petición internacional.....	305

14. PRINCIPIO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD. DIFICULTADES TEÓRICAS Y ENTORNO PRACTICO DE UN DERECHO “IN FIERI”

Carlos Urdaneta Sandoval

INTRODUCCIÓN	307
I. EL PRINCIPIO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	311
II. EL PRINCIPIO DEL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD.....	313
III. EL DERECHO “ <i>IN FIERI</i> ” (EN FORMACIÓN) EN LOS BLOQUES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD	315
1. ¿Resulta imperioso regular, dentro del texto de la Constitución, al bloque de constitucionalidad?	316
2. ¿Integran los tratados internacionales de Derechos Humanos el bloque de constitucionalidad?.....	317
3. ¿Qué sucede si una norma jurídica interna vigente se encuentra en abierta oposición al bloque de constitucionalidad, pero a la vez dicha norma se encuentra conforme con el bloque de convencionalidad? ¿Debe el tribunal o sala constitucional declararla inconstitucional o convalidarla como constitucional, mediante una interpretación constitucional convencionalizada?.....	318
4. ¿Una parte del bloque de constitucionalidad puede ser igualmente parte del bloque de convencionalidad?	319
5. No forman parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales.....	322
6. Desaplicación tácita del sistema difuso del control interno de convencionalidad en Venezuela, por torpe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia.....	322
CONCLUSIONES	324

15. PRINCIPIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO POR GRADOS

Carlos García Soto

INTRODUCCIÓN	327
I. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO ESTRUCTURA JERÁRQUICA	328
II. LA NORMA SUPERIOR INDICA CÓMO SE FORMA LA NORMA O ACTO INFERIOR.....	329
1. Introducción.....	329

ÍNDICE GENERAL

2.	La formación de normas jurídicas en el Derecho venezolano conforme al principio de la formación del Derecho por grados	330
A.	Normas procedimentales sobre la Constitución.....	330
a.	Las normas sobre la enmienda constitucional.....	330
b.	Las normas sobre la reforma constitucional.....	330
c.	Las normas sobre la Asamblea Nacional Constituyente.....	331
B.	Normas procedimentales sobre los Tratados	332
C.	Normas procedimentales sobre la Ley.....	332
a.	Iniciativa de las Leyes.....	333
b.	Requisitos para la presentación y discusión de proyectos de Ley	333
c.	Discusión del proyecto de Ley.....	334
a'.	Dos discusiones	334
a'.	<i>Primera discusión</i>	334
b'.	<i>Segunda discusión</i>	335
b'.	Sanción de las Leyes.....	336
c'.	Discusión de proyectos de Ley pendientes.....	336
d'.	Rechazo de un proyecto de Ley.....	336
e'.	Título y numeración de las Leyes.....	336
f'.	Promulgación de las Leyes.....	337
g'.	Referendo aprobatorio	337
h'.	Consultas legislativas	338
i'.	Control de la constitucionalidad de los proyectos de Ley	338
d.	Leyes Orgánicas.....	338
e.	Leyes Habilitantes.....	339
f.	Derogación de las Leyes	339
g.	Abrogación de las Leyes	339
h.	Reforma de las Leyes.....	339
i.	Referendos abrogatorios de Leyes	339
D.	Decretos de Estado de Excepción	340
E.	Normas procedimentales sobre el Reglamento.....	340
F.	Normas procedimentales sobre el acto administrativo	341
G.	Normas procedimentales sobre la Sentencia.....	341
IV.	LA NORMA INFERIOR DEBE RESPETAR EL CONJUNTO DE NORMAS SUPERIORES.....	342

16. PRINCIPIO DE RESERVA LEGISLATIVA
(ORDINARIA Y ORGÁNICA)

Armando Luis Blanco Guzmán

INTRODUCCIÓN	345
I. LA RESERVA LEGAL	346
II. LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA	349
III. CONSIDERACIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ATRIBUIRLE CARÁCTER ORGÁNICO A LOS DECRETOS LEY EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO.....	351
CONCLUSIONES	354

17. LAS LEYES HABILITANTES EN LA CONSTITUCIÓN:
SU DESNATURALIZACIÓN SISTEMÁTICA POR LOS
PODERES LEGISLATIVO, EJECUTIVO Y JUDICIAL

José Peña Solís

I. LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE LAS LEYES HABILITANTES O DE DELEGACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.....	357
1. El diseño de la delegación legislativa.....	357
2. Las necesarias precisiones conceptuales	358
3. Hacia la determinación de los requisitos que condicionan la validez de las leyes habilitantes y su configuración en el texto constitucional.....	360
A. El problema que suscita la determinación de los requisitos esenciales de validez de las leyes habilitantes.....	360
B. Los requisitos subjetivos de las leyes habilitantes.....	362
C. Los requisitos objetivos de las leyes habilitantes	363
D. Los requisitos complementarios o ulteriores	365
II. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA FIGURA CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DE DELEGACIÓN O LEYES HABILITANTES.....	366
1. Premisa introductoria.....	366
2. Las evidencias de desnaturalización de las leyes de delegación o habilitantes	367
A. La conversión de las leyes habilitantes, mediante la desnaturalización de su finalidad, en leyes de urgencia....	367
B. La eliminación del carácter excepcional de las leyes habilitantes.....	368
C. La eliminación de los límites materiales de las leyes habilitantes.....	369

ÍNDICE GENERAL

D.	La tesis sobre la inexistencia del ámbito material y de su acotamiento mediante las directrices y los propósitos que debe atender el Poder Ejecutivo al dictar los decretos con fuerza de ley.....	371
E.	La publicación de los decretos con fuerza de ley fuera del lapso establecido en la ley habilitante.....	372
F.	La utilización de la ley habilitante para crear una nueva fuente del derecho: los decretos con fuerza de ley orgánica.....	375
III.	A MANERA DE CONCLUSIÓN.....	377

18. UNA MIRADA AL DERECHO DE EXCEPCIÓN
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Gabriel Sira Santana

INTRODUCCIÓN	379
I. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES	381
II. EL DEBATE CONSTITUYENTE DE 1999	384
III. “DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN”, EL CAPÍTULO II DEL TÍTULO VIII DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.....	388
1. La definición de la excepción.....	389
2. La declaratoria de la excepción	390
3. Los efectos y la tipología de la excepción.....	391
4. La restricción de garantías en la excepción	393
5. El control de la excepción	394
IV. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE EXCEPCIÓN	395
1. Principio de necesidad.....	396
2. Principio de proporcionalidad y gradualidad.....	397
3. Principio de temporalidad.....	398
4. Otros principios	399

19. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Juan Carlos Hernández Peña

I. INTRODUCCIÓN	403
II. ORIGEN Y RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN.....	405
1. Recepción del principio en el Derecho internacional.....	406
2. Recepción y aplicación del principio de precaución en el Derecho comunitario europeo	407
III. SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN	409

1.	Principio de prevención y principio de precaución. Dos conceptos similares pero diferenciados.....	410
2.	La inacabada definición del principio de precaución	411
IV.	COMPONENTES DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO EN SEDE ADMINISTRATIVA.....	413
1.	La decisión sobre la necesidad de aplicar el principio de precaución	414
2.	Los presupuestos de aplicación del principio de precaución. En particular, la metodología para la identificación y valoración de los riesgos	416
3.	Efectos y límites en la aplicación del principio de precaución....	417
V.	REVISIÓN EN SEDE JUDICIAL DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. EN PARTICULAR EL LIMITADO CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA DETERMINACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO	418
VI.	RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN CON OTROS PRINCIPIOS. EN PARTICULAR CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	422
	BIBLIOGRAFÍA	425

20. PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

María Candelaria Domínguez Guillén

I.	INTRODUCCIÓN	429
II.	PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN	431
III.	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN PROPIAMENTE DICHA O EN SENTIDO ESTRICTO	434
IV.	LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EN SENTIDO AMPLIO, INTERPRETATIVA O IMPROPIA	438
V.	PERSPECTIVAS A TÍTULO DE CONCLUSIÓN	443

TERCERA PARTE
ESTADO SOCIAL DE DERECHO

21. LOS FINES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

José Ignacio Hernández G.

	INTRODUCCIÓN	447
--	--------------------	-----

ÍNDICE GENERAL

I.	EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS COMETIDOS PÚBLICOS	449
1.	La Administración Pública como instrumento para la realización concreta de los cometidos públicos y el principio de legalidad.....	449
2.	El Derecho Administrativo como categoría histórica, el carácter intercambiable de las técnicas de la actividad administrativa y el Derecho Administrativo Formal	451
3.	Los fines de la Administración Pública, el Estado de Derecho y el análisis económico del Derecho Administrativo.....	452
4.	Los fines de la Administración Pública más allá del Estado: el Derecho Administrativo Global.....	453
II.	LA EVOLUCIÓN DE LOS FINES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO GLOBAL	454
1.	La expansión de los fines de la Administración Pública y el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho. El Estado administrativo.....	454
2.	La llamada crisis del Estado social y la reforma cuantitativa de los fines de la Administración Pública.....	456
3.	El derecho al desarrollo humano y la reforma cualitativa de los fines de la Administración Pública en el Siglo XXI: los estándares de la buena administración.....	457
4.	Los fines de la Administración Pública y la gobernanza global	457
III.	LOS FINES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, LA CAPACIDAD ESTATAL Y EL ESTADO FALLIDO	458
1.	Capacidad estatal, brechas de capacidad estatal y fines de la Administración Pública	458
2.	La brecha de capacidad de la Administración Pública y el Derecho Administrativo Fallido	460

22. DE LOS DEBERES CONSTITUCIONALES DE LOS CIUDADANOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

I.	PRINCIPIO DE ALTERIDAD DERECHO-DEBER	465
II.	DE LA CATEGORIZACIÓN DE DEBERES CONSTITUCIONALES EN ESTRICTO SENTIDO, SU DISTINCIÓN DE OTROS DEBERES ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y LAS OBLIGACIONES	467
III.	DEBER DE HONRAR Y DEFENDER LA PATRIA: ART. 130 DE LA CRBV	470

IV. DEBER DE CUMPLIR LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES ART. 131 CRBV	472
V. DEBER DE SOLIDARIDAD SOCIAL ART. 132 DE LA CRBV	473
VI. DEBER DE CONTRIBUIR CON LOS GASTOS PÚBLICOS ART. 133.....	474
VII. DEBER DE PRESTAR SERVICIOS CIVIL O MILITAR ART. 134 DE LA CRBV	477
VIII. DEBER DE PRESTAR SERVICIO ELECTORAL ART. 134 DE LA CRBV	480
IX. OBLIGACIONES DE SOLIDARIDAD Y RESPONSABILIDAD SOCIAL ART. 135 DE LA CRBV.....	482
X. EL DEBER DE RESPONSABILIDAD Y SOLIDARIDAD SO- CIAL DE LOS CIUDADANOS COMO MECANISMO PARA SUPERAR EL ESQUEMA PATERNALISTA DEL ESTADO.....	483
XI. EJERCICIO DE PROFESIONES Y PRESTACIÓN DE SERVI- CIO A LA COMUNIDAD ART 135 DE LA CRBV.....	483
XII. LA EDUCACIÓN COMO DEBER SOCIAL FUNDAMENTAL	484
XIII. EL TRABAJO COMO UN DERECHO-DEBER	485
XIV. DEBER DE COLABORAR EN EL RESTABLECIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN, EN LOS CASOS QUE LA CONSTITU- CIÓN DEJARE DE OBSERVARSE POR ACTO DE FUERZA O PORQUE FUERE DEROGADA POR CUALQUIER OTRO MEDIO DISTINTO AL PREVISTO EN ELLA. PREVISTO EN EL ART. 333 DE LA CRBV	487

23. LA QUINCENA DEL PRINCIPIO DE EFICACIA EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Alí Daniels

I. INTRODUCCIÓN	489
II. ETIMOLOGÍA: UN TÉRMINO VERSÁTIL	490
III. CONTENIDO Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE EFICA- CIA Y SUS DERIVADOS A LOS EFECTOS DE LA ADMINIS- TRACIÓN.....	491
IV. EL PRINCIPIO DE EFICACIA EN EL DERECHO VENEZO- LANO.....	495
1. Reconocimiento normativo del principio	495
2. Razones para el reconocimiento tardío del principio de eficacia.....	500
A MODO DE CONCLUSIÓN	504

ÍNDICE GENERAL

24. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ECONOMÍA DE MERCADO.
(ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD
CON LA ECONOMÍA DE MERCADO)

José Amando Mejía Betancourt

INTRODUCCIÓN: LA METAMORFOSIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO	505
I. LA APROPIACIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	510
II. EL MERCADO COORDINADOR DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS	514
III. LA SOCIEDAD Y EL MERCADO.....	515
IV. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS REGULADORAS.....	517
V. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE REGULACIÓN	519
1. La adaptación del servicio público a las reglas del mercado.....	521
2. La regulación económica como una nueva función del Estado	523
VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO FLEXIBLE.....	524
CONCLUSIÓN: LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL MERCADO	527

25. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

María Amparo Grau

I. INTRODUCCIÓN	529
II. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO.....	531
1. Fundamento jurídico de la facultad del Estado para desarrollar la actividad empresarial	531
2. Su carácter excepcional	534
3. La regulación o no de su carácter subsidiario.....	534
4. El interés público como causa justificante.....	535
5. La planificación y la racionalidad en el gasto.....	536
6. El respeto al sistema de mercado.....	536
7. El respeto a las garantías económicas jurídicas de los particulares.....	537
A. La iniciativa privada y libertad de empresa	537
B. Las reglas de libre competencia.....	537
C. El derecho a la propiedad privada.....	538

8.	La organización de la empresa pública.....	538
A.	Personalidad jurídica propia	539
B.	Reglas para su constitución	539
C.	Régimen jurídico mixto. Sometimiento a reglas del derecho privado y de derecho público	540
D.	El control tutelar	540
9.	Sujeción a normas que regulan la contratación administrativa....	540
10.	Sujeción a las normas de control de los entes públicos	541
11.	Sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativa	541
12.	Las desviaciones del Estado empresario en Venezuela	542
III.	CONCLUSIONES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL MODE- LO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL.....	546
	BIBLIOGRAFÍA	547

26. EL PRINCIPIO DEL TRATO NACIONAL A
LA INVERSIÓN EXTRANJERA

José Gregorio Torrealba R.

	INTRODUCCIÓN	549
I.	EL ESTÁNDAR DE TRATO NACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES.....	550
1.	Estándar o Principio	550
2.	Antecedentes históricos del Estándar de Trato Nacional.....	551
II.	EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL	553
1.	Naturaleza y alcance.....	553
2.	Los elementos.....	555
A.	Las circunstancias o situaciones similares.....	556
B.	La competencia entre el inversionista extranjero y el nacional.....	557
C.	La legitimidad de la medida	557
D.	El trato menos favorable.....	558
III.	EL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL EN LA CONSTITU- CIÓN VENEZOLANA.....	559
	CONCLUSIONES	567

CUARTA PARTE
PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

27. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Tomás-Ramón Fernández

I.	LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	569
II.	EL ARTÍCULO 41 DE LA CARTA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN.	569
III.	LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16 DE ENERO DE 2019, UNITED PARCEL SERVICE C/COMISIÓN	571
	1. El supuesto de hecho	571
	2. Los términos del debate	572
	3. La integridad del derecho de defensa como criterio decisorio sobre la eficacia invalidante de los vicios de procedimiento.....	573
IV.	PODER DISCRECIONAL Y BUENA ADMINISTRACIÓN	575

28. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CARÁCTER INTERORGÁNICO. O LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO FUNCIÓN

Miguel Ángel Torrealba Sánchez

	PRELIMINAR.....	579
I.	LA VINCULACIÓN DEL TEMA CON LOS PREVIOS Y SUBSIGUIENTES PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO EN EL ESQUEMA DE ESTA OBRA, SIGUIENDO A. BREWER-CARÍAS	581
	1. La interfuncionalidad de los actos estatales. Los aportes del pandectismo y algunas críticas	582
	2. La función administrativa. Caracteres y relevancia.....	585
II.	REGRESANDO A LOS CONCEPTOS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE LIMITA NI SE IDENTIFICA CON EL PODER EJECUTIVO. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA COMO CRITERIO COMPLEMENTARIO AL ORGÁNICO PARA DEFINIR A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	587
III.	LA RECEPCIÓN DE UN PRINCIPIO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO POSITIVO. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA COMO VARIABLE IDENTIFICADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LO REFERENTE A SU CONTROL JUDICIAL Y SUS CONSECUENCIAS....	590
	CONCLUSIONES	593

29. PRINCIPIO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y EL CARÁCTER INTERORGÁNICO DE SU EJERCICIO

Rosibel Grisanti de Montero

I.	SENTIDO Y ALCANCE DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO	597
1.	Concepto de funciones estatales	597
2.	Clasificación de las funciones del Estado.....	599
II.	EL EJERCICIO INTERORGÁNICO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO	601
1.	La división de funciones y la distribución orgánica	601
A.	Poder Nacional	601
a.	Poder Ejecutivo.....	601
b.	Poder Legislativo	602
c.	Poder Judicial.....	602
d.	Poder Ciudadano.....	603
e.	Poder Electoral.....	604
B.	Poder Estadal	604
a.	Gobernador	604
b.	Consejo Legislativo	605
c.	Contraloría Estadal.....	605
d.	Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas	607
C.	Poder Municipal	607
a.	Alcalde	608
b.	Concejo	608
c.	Contraloría Municipal.....	608
d.	Consejo Local de Planificación Pública.....	609
2.	La división de poderes no coincide con la división de funciones.....	609
3.	Criterios materiales sobre las funciones estatales.....	611
4.	El carácter interorgánico del ejercicio de las funciones del Estado.....	617

30. PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU CARÁCTER SERVICIAL: DESDE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HACIA EL SERVICIO OBJETIVO AL INTERÉS GENERAL EN LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO

José Ignacio Herce Maza

PROLEGÓMENOS	619
--------------------	-----

ÍNDICE GENERAL

I.	CENTRALIDAD DE LA PERSONA, PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CARÁCTER SERVICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	622
1.	La centralidad de la persona humana y su dignidad	622
2.	El derecho administrativo constitucional y los derechos fundamentales.....	625
3.	El carácter servicial de la Administración Pública	627
4.	Principios de funcionamiento de la Administración Pública.....	629
II.	PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN, SUBSIDIARIEDAD Y TRANSPARENCIA PARA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO	631
1.	Selección de los principios	631
2.	Principio de buena administración.....	631
3.	Principio de subsidiariedad.....	634
4.	Principio de transparencia	636
III.	REFLEXIÓN CONCLUSIVA: HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO VENEZOLANO	639

31. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL Y NOTAS SOBRE SU VIGENCIA

Caterina Balasso Tejera

	INTRODUCCIÓN	641
I.	EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.....	642
1.	La confianza legítima y la actividad administrativa	643
2.	La confianza legítima y la administración de justicia.....	652
3.	La confianza legítima y la adopción de normas	659
4.	Perspectiva general del principio a partir de su tratamiento jurisprudencial	664
II.	APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO EN LA AUSENCIA DEL ESTADO DE DERECHO	666
	A MANERA DE CONCLUSIÓN	669

32. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS AL INGRESO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO DE CARRERA Y SU INCUMPLIMIENTO

Jesús Caballero Ortiz

I.	INGRESO, VINCULACIÓN ESTATUTARIA Y RESERVA LEGAL.....	671
----	---	-----

1.	Ingreso y vinculación estatutaria	672
2.	El ingreso y la reserva legal. El desacato por parte del órgano legislador	673
II.	EL CONCURSO COMO ÚNICA VÍA DE INGRESO A UN CARGO DE CARRERA.....	675
1.	Presupuesto fundamental del ingreso. El concurso	675
2.	Consecuencias del ingreso por concurso	676
A.	El cargo de carrera como regla	677
B.	La estabilidad en el cargo	678
C.	El ascenso	679
III.	EL CONCURSO, LA CARRERA Y LA ESTABILIDAD. EL DESACATO POR PARTE DEL EJECUTIVO.....	679
1.	La situación de hecho	679
2.	La contratación de personal como mecanismo incompatible con el sistema de ingreso.....	680
3.	El contratado y las prohibiciones legales.....	680
	CONCLUSIÓN.....	681

33. LOS PRINCIPALES ESENCIALES DE LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Gregorio Montero

I.	INTRODUCCIÓN	683
II.	DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUNCIÓN PÚBLICA.....	684
III.	DIMENSIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS DE LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	686
IV.	PRINCIPIOS DE LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, ESTRATEGIAS PARA SU CONCRECIÓN.....	689
1.	Igualdad.....	690
2.	Legalidad.....	691
3.	Mérito	691
4.	Estabilidad.....	692
5.	Desarrollo	692
6.	Eficiencia.....	693
7.	Innovación.....	693
8.	Objetividad	694
9.	Responsabilidad.....	695
10.	Transparencia	695
11.	Ética.....	696

ÍNDICE GENERAL

12. Tutela Judicial Efectiva	697
V. CONCLUSIONES: ENTRE COVID-19, PANDEMIA, CRISIS Y LECCIONES	697
BIBLIOGRAFÍA	698
34. PRINCIPIO DEL INTERÉS PÚBLICO DE LA TECNOLOGÍA, PRINCIPIOS CONEXOS Y SU RELACIÓN CON LA INFORMACIÓN, LA COMUNICACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	
José Rafael Belandria García	
INTRODUCCIÓN	701
I. PRINCIPIO DEL INTERÉS PÚBLICO DE LA TECNOLOGÍA, PRINCIPIOS CONEXOS Y SUS APLICACIONES	703
II. DESARROLLO Y EJECUCIÓN JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN REFERENCIA	705
1. Diagnóstico sobre la ejecución del principio del interés público de la tecnología y de los principios conexos para producir el ordenamiento jurídico relativo a la utilización de las TIC e Internet por la Administración Pública	707
III. GRANDES PROBLEMAS TEÓRICOS Y ALGUNAS PROPUESTAS	709
1. El acceso a Internet: política de la Administración Pública y ¿derecho subjetivo?	710
2. El procedimiento administrativo por medio de las TIC e Internet: problema en relación con su validez y una propuesta de solución jurídica	712
3. Configuración de una Administración Pública electrónica innovadora y al servicio de los ciudadanos	714
A. Administración Pública e inteligencia artificial	715
B. Administración Pública y blockchain	716
C. Administración Pública, Internet de las cosas y smart cities	718
D. Consecuencias en el plano público administrativo de las tecnologías expuestas. Referencia al caso de la Administración Pública venezolana	719
CONCLUSIONES	720

QUINTA PARTE
PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

35. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD

Juan Carlos Cassagne

I.	APROXIMACIÓN AL TEMA	723
II.	LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO	724
	1. Las normas	725
	2. Los principios generales: su diferencia con las normas y los valores. Las directivas	725
	3. El carácter preceptivo o vinculante de los principios	728
III.	EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD	729
	1. Trascendencia y peculiaridades del principio de razonabilidad	731
	2. Los requisitos de justificación racional	732
	3. Extensión del contenido de la concepción amplia de la razonabilidad	735
IV.	EL CONCEPTO DE ARBITRARIEDAD	736
V.	LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD EN EL DERECHO ARGENTINO	737
VI.	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	739
	CONCLUSIONES	742

36. LAS BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS

Salvatore Chiaracane

	INTRODUCCIÓN	745
I.	EL ORIGEN.....	749
	1. El hombre	749
	2. La revolución.....	752
	3. El Consejo de Estado.....	756
	4. La creación pretoriana de los principios.....	763
II.	LA EXPANSIÓN.....	768
	1. El flujo de la expansión	768
	2. Los principios convencionales	771

ÍNDICE GENERAL

37. PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

Alberto Blanco-Urbe Quintero

INTRODUCCIÓN	775
I. POSICIONAMIENTO TRASCENDENTAL Y PREEMINENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999. LO FILOSÓFICO	776
II. POSICIONAMIENTO TRASCENDENTAL Y PREEMINENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999. LO NORMATIVO	779
III. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS, EN LA LETRA DE LAS NORMAS	783
IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REQUIERE DEL RESPETO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, PARA QUE SE CUMPLE EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS	793
EN CONCLUSIÓN.....	794
BIBLIOGRAFÍA	795

38. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO VENEZOLANO

Flavia Pesci Feltri

INTRODUCCIÓN	799
I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LOS CIUDADANOS	800
II. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO	801
III. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO	803
1. Principios que rigen el ius punendi de la Administración Pública	805
A. Principios rectores de la potestad administrativa sancionatoria	805
B. Principios de la potestad sancionadora administrativa y del procedimiento sancionatorio	807
a. Principio de legalidad sancionatorio	807
a'. El principio de tipicidad	808
b'. Reserva legal	808

b.	Principio de imparcialidad	810
c.	Principio de culpabilidad	810
d.	Principio de presunción de inocencia.....	811
e.	Principio de proporcionalidad.....	812
f.	Principio non bis in idem	812
g.	Principio de prescripción	813
C.	Principios concretos del procedimiento sancionatorio.....	814
a.	Principios específicos para garantizar la defen- sa del particular	814
a’.	Derecho a la notificación.....	814
b’.	El derecho a ser oído y al contradictorio	814
c’.	Derecho a la doble instancia.....	815
b.	Principios específicos para la conformación de la voluntad sancionadora.....	815
IV.	DE LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA Y DEL PROCEDIMIENTO AD- MINISTRATIVO SANCIONATORIO	816
1.	Algunas distorsiones previstas en la legislación venezolana sancionatoria que contrarían los principios, derechos y garantías del debido proceso	816
2.	De cómo el Tribunal Supremo de Justicia ha permitido la permanencia en el ordenamiento jurídico venezolano de las distorsiones en la ejecución de la potestad sancionadora	819
V.	COMENTARIO FINAL	821
	39. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS.....	823
	Antonio Silva Aranguren	

SEXTA PARTE
PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD
Y DEL CONTROL DEL ESTADO

40. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL	
Ramiro Saavedra Becerra	

INTRODUCCIÓN	838
--------------------	-----

ÍNDICE GENERAL

I.	EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR.....	838
II.	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA LEY ACORDE CON LA CONSTITUCIÓN	841
III.	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LEYES INCONSTITUCIONALES	847
IV.	LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LA LEY EN EL DERECHO VENEZOLANO	850
V.	EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.....	853

41. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Luis A. Ortiz Alvarez

I.	INTRODUCCIÓN	861
II.	BASES CONSTITUCIONALES.....	863
III.	EL CORRECTO ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS.....	864
IV.	SENTIDO SUSTANTIVO DE LA NOCIÓN DE FALTA PERSONAL DE LOS FUNCIONARIOS Y SU INTERACCIÓN CON LA NOCIÓN DE FALTA DE SERVICIO	865
	1. La noción de “falta personal” de los funcionarios y su interacción con la “falta de servicio”.....	865
	2. La noción de falta personal y las cuestiones de la “separabilidad” y de la “conexidad”. Los elementos o lazos funcionales.....	867
V.	EL SENTIDO Y CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA FALTA PERSONAL Y SU INTERACCIÓN FINAL CON LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	870
	1. Las relaciones trilaterales: Estado-funcionarios-víctimas	871
	2. Las relaciones bilaterales: Estado-funcionarios.....	873
VI.	REFLEXIONES FINALES. EL EQUILIBRIO ENTRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS.....	876

42. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Luis A. Ortiz Alvarez

I.	INTRODUCCIÓN	881
----	--------------------	-----

II.	REGULACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	882
1.	De los principios generales y valores superiores a las normas matrices de la responsabilidad del Estado en la Constitución	882
2.	De las normas complementarias de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución.....	885
III.	ALCANCE GENERAL DEL BLOQUE NORMATIVO-CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. BASES PARA LA CORRECTA ARTICULACIÓN TÉCNICA DEL SISTEMA.....	885
1.	El sistema es amplio e integral. Todas las actividades estatales entran dentro del marco de las normas constitucionales de responsabilidad patrimonial del Estado	885
2.	El sistema de responsabilidad tiene un fundamento general objetivo, pero sólo relativo, pues la responsabilidad del Estado siempre es un sistema mixto. Coexistencia de la responsabilidad por funcionamiento normal y anormal	887
3.	Los regímenes coexistentes de responsabilidad tienen significados y fundamentos independientes	893
4.	El sistema de responsabilidad del Estado es un sistema autónomo y debe ser estudiado desde una perspectiva de Derecho público	896
5.	La responsabilidad del Estado debe ser estudiada desde una perspectiva amplia y pro-cives en favor de los particulares y no de la Administración.....	900
IV.	REFLEXIÓN FINAL.....	902

43. PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ESTATALES

Jacqueline T.T. Lejarza A.

	INTRODUCCIÓN	906
I.	CARÁCTER CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL Y SU ENGRANAJE EN LA PENTA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO EN VENEZUELA.....	908
1.	La titularidad de la potestad jurisdiccional.....	908
2.	El principio de legitimidad democrática.....	909
3.	La autonomía e independencia judicial	909
4.	El principio de colaboración.....	911
II.	ALCANCE DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL CON RESPECTO AL CONTROL DE LOS ACTOS ESTATALES.....	912

ÍNDICE GENERAL

1.	Del principio de la universalidad del control judicial de los actos estatales en la estructura orgánica de la Constitución venezolana de 1999	912
2.	De la trascendencia, desarrollo y necesidad de reformular la teoría clásica de la separación orgánica de los poderes para determinar el alcance del principio de la universalidad del control jurisdiccional	918
III.	RESPONSABILIDAD Y DESAFÍOS DEL PODER JUDICIAL EN LOS NUEVOS ESQUEMAS DE DISTRIBUCIÓN DEL PODER PÚBLICO y “ <i>REDISEÑO DEL ESTADO</i> ”	923
44. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN EL CONTROL POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA		
Víctor Rafael Hernández-Mendible		
I.	INTRODUCCIÓN	929
II.	LOS PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	931
1.	El principio de supremacía de la Constitución	932
2.	El principio de legalidad.....	934
3.	El principio de progresividad en materia de derechos humanos.....	934
4.	El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas	935
5.	El principio de la separación de las ramas del Poder Público.....	935
6.	El principio federal de gobierno	935
7.	El principio democrático	936
8.	El principio de la responsabilidad.....	937
9.	El principio de control jurisdiccional pleno.....	937
III.	EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	938
1.	El derecho de acceso a la justicia	939
2.	El derecho a formular alegatos	940
3.	El derecho a presentar medios probatorios	941
4.	El derecho a solicitar medidas cautelares	941
5.	El derecho a una sentencia fundada en Derecho.....	942
6.	El derecho a la ejecución del fallo.....	943
IV.	LOS TIPOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD	944
V.	LOS MECANISMOS PROCESALES DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD	945
VI.	CONSIDERACIONES FINALES	949

45. EL CONTROL DEL PODER PUBLICO POR LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. UNA MIRADA EN PERSPECTIVA EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999

José Luis Villegas Moreno

I.	ESTADO DE DERECHO Y JUSTICIA ADMINISTRATIVA	952
II.	POTESTAD JURISDICCIONAL.....	954
	La noción de potestad.....	954
	La potestad jurisdiccional o jurisdicción.....	955
III.	ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO. El modelo venezolano	957
	1. Sistemas de organización	957
	Sistema de régimen administrativo (o dualidad de jurisdicción)	958
	Sistema judicialista (única jurisdicción).....	958
	2. Sistema venezolano	960
	A. Configuración del Estado en la Constitución de 1999.....	960
	B. Aproximación histórica	961
	C. Modelo venezolano.....	962
IV.	LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN TERAPIA INTENSIVA	969
	CONCLUSIÓN.....	971

46. PRINCIPIO DEL CONTROL POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

Marisol García Delgado

I.	LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ES EL PROBLEMA.....	974
II.	LOS SISTEMAS DE CONTROL Y SUS ÓRGANOS INSTITUCIONALES.....	975
III.	LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	978
IV.	EL DEBER SER, EN EL <i>HACER</i> DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DESDE LA ÓPTICA DEL CONTROL.....	983
V.	EL DEBER SER, EN EL <i>HACER</i> , DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO REVERSO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	984
VI.	LA PROBADA INUTILIDAD DEL CONTROL NUMÉRICO-LEGAL.....	986

